DIREITO PENAL PARTE GERAL

Teorias e Aplicação da Pena

Sumário

TEORIAS DA PENA E REGRAS DE APLICAÇÃO DA PENA

Introdução

Olá! Sou o professor Dermeval Farias. É com prazer que iniciamos mais um capítulo do material em PDF do Gran Cursos Online. Antecipamos nessa oportunidade as teorias da pena e as suas regras de aplicação, com abordagem de doutrina, jurisprudência e questões correlatas.

O tema tratado nesse momento constitui um dos mais importantes no estudo e na preparação para concursos jurídicos, não somente para os candidatos a concursos da magistratura, do Ministério Público, da defensoria pública, de delegado de polícia, mas também para todas as carreiras jurídicas que possuem certames que cobram o Direito Penal, como as carreiras de analistas e de técnicos judiciários, por exemplo.

O tema que ora se apresenta foi dividido em duas partes no presente capítulo: a primeira parte trata das teorias da pena, que almejam explicar a função desta, com a divisão em teorias absolutas (retribuição) e teorias relativas (prevenção).

As teorias preventivas foram trabalhadas da seguinte forma: prevenção geral positiva; prevenção geral negativa; prevenção geral positiva fundamentadora (Jakobs); prevenção geral positiva limitadora. A prevenção especial foi classificada em positiva e negativa. Não se omitiu, ainda, da teoria unificadora dialética de Claus Roxin.

Algumas teorias criminológicas que contestam a legitimidade das funções da pena também foram expostas no texto: teoria material dialética e teoria agnóstica. Em seguida, várias questões de concursos recentes, nas quais foram cobradas a teorias da pena expostas no texto foram alocadas com os respectivos comentários.

A redação da doutrina será acompanhada de questões (de concursos e elaboradas pelo professor) e de jurisprudência, pertinentes ao tema desenvolvido em cada capítulo. Ao mesmo tempo, serão apresentados resumos, quadros sinópticos quando necessários, dicas e destaques sobre pontos específicos de cada instituto jurídico de Direito Penal, com o intuito de facilitar a compreensão e, por consequência, o acerto em provas de concursos.

1. Origem e Teorias da Pena

Neste primeiro capítulo, serão apresentadas as abordagens relativas à origem da pena, desde a pena de expulsão, praticada nas antigas comunidades tribais, até a pena privativa de liberdade, consolidada, mas recentemente na história da humanidade

2. Origem da Pena

O surgimento da pena remonta ao início do relacionamento entre os seres humanos através dos primitivos grupos e sociedades tribais. A convivência com o outro e os conflitos originados com a violação das regras mínimas de espaço deram início a punição com o objetivo, nos grupos primitivos, de restabelecer a ordem e aplacar o que se compreendia, não em todas as comunidades, por ira dos deuses da chuva, do trovão, dos vulcões.

A **vingança de sangue** constitui a espécie mais antiga de pena, a qual gerava danos irreparáveis em razão das lutas entre as tribos com a perda considerável de pessoas e o risco inevitável de extinção do próprio grupo. Por isso, surge em seguida uma pena menos rigorosa, que consistia na **expulsão** do ofensor do grupo ao qual pertencia. Impedia-se assim a morte de inocentes ao evitar a guerra entre grupos em nome da vingança (BOSCHI, 2006).

Nas primeiras legislações escritas, Sumérios, Código de Hamurabi, Lei de Moisés, percebe-se a presença do paradigma do **talião** (resposta na mesma medida do dano provocado). Segundo Ferrajoli, o talião esteve presente também na Lei das XII Tábuas, nas teorias de Aristóteles e Santo Tomás de Aquino. Foi sustentado, inclusive, por Montesquieu e perdurou em Kant e Hegel. Por isso, o "olho por olho, dente por dente" constitui uma das "crenças mais resistentes da cultura penal" (*Ibidem*, 2002, p.312).

No contexto histórico do Oriente antigo, o talião contribuiu para "reduzir a extensão da punição e evitar a infindável onda de vingança privada" (NUCCI, 2009, p.61).

Parte da doutrina atual aponta a proporcionalidade no modelo do talião, mas, ao mesmo tempo, reconhece nele a ofensa ao princípio da humanidade das penas (GRECO, 2006, p.82).

De outro modo, para Ferrajoli, o talião não consegue proporcionar uma punição igual à gravidade da falta. Após dizer que a trajetória do talião demonstra uma correspondência não

somente direta, mas também indireta (exemplos: cortar o pé do servo fugitivo, a mão do ladrão, a língua de quem blasfemou, etc.), o renomado autor conclui ser desigual à sanção do talião, uma vez que "nenhuma dor ou suplício físico é igual ao outro, e tampouco cabe preestabelecer, medir e, menos ainda, delimitar a aflição de uma pessoa" (*Ibidem*, 2002, p.313).

Após o talião, surge a **composição**, constituída por um pagamento, em dinheiro ou outros bens à vítima ou seus familiares, conforme as regras consuetudinárias e legais da época. O caráter patrimonial da pena surge, ainda na sociedade antiga, em substituição à reação corporal na punição de alguns delitos (BOSCHI, 2006).

A título de ilustração, segundo Flávia Lages de Castro (2005, p.13), "as leis penais dos sumerianos muitas vezes substituíam o Princípio da Pena de Talião por multas ou por indenizações legais". Na Lei de Moisés, havia a aplicação da composição ao autor de furto (LEVÍTICO, DEUTERONÔMIO).

Da antiguidade, de forma geral, merece registrar ainda algumas características da pena no ambiente dos gregos e dos romanos.

Masson (2008) aponta que o legado ateniense, relativo às penas, foi certa dose de humanidade, pois um culpado poderia ser absolvido quando sua eliminação fosse capaz de trazer danos para os seus dependentes. Nesse caso, a sociedade era mais importante do que o acusado.

Com relação ao Direto romano, a sua história envolve 22 séculos (753 a.C. a 1453 d.C.). No que se refere ao Direito penal, vale registrar o período da Lei das XII Tábuas (séc. V a. C.), quando inicia-se uma mitigação da vingança privada com a transmissão da administração da justiça ao Estado. As **sanções cruéis** continuaram a reinar. A pena exercia uma função de retribuição juntamente com a intimidação (PRADO, 2007).

Passando ao período medieval, destacam-se as contribuições do Direito romano, canônico, alemão e comum. Nesses modelos, houve um caráter vingativo e retributivo da sanção penal, que caracterizou-se também pelas crueldades das sanções e visão conjunta de crime e pecado. Não se pode esquecer dos Tribunais do Santo Ofício, instituídos a partir de 1215 por Inocêncio III com os procedimentos de inquisição: **utilização de tortura e penas cruéis,** com forte incidência na península Ibérica.

O modelo geral da pena medieval manteve-se presente no Regime Absolutista (Antigo Regime). Havia a crueldade na execução das punições corporais com a finalidade de vingança social e intimidação. Dentro de modelos estatais de absoluta concentração de poder nas mãos do monarca, existiam vantagens para a nobreza, bem como um modelo jurídico que gerava "desigualdades, cheio de privilégios, heterogêneo, caótico, construído sobre um conglomerado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes; arbitrário e excessivamente rigoroso" (PRADO, 2007, p.77).

3. Origem da Pena Privativa De Liberdade

A consolidação da prisão como pena privativa de liberdade iniciou-se no século XVII e consolidou-se no século XIX. Apesar de modelos de prisão celular em 1677, cárcere Murate em Florença, e estabelecimentos prisionais em Amsterdã entre 1595 e 1597, entende-se que o surgimento de fato começou em 1681, na colônia da Pensilvânia, fundada por Guilhermo Penn em cumprimento a ordem do rei Carlos II. A concretização só veio a ocorrer em 1818 com a *Western Pennsylvania Penitentiary* (NUCCI, 2009).

De forma mais sistemática, Iñaki Rivera Beiras aponta que o cárcere como opção de sanção penal por excelência aparece no período histórico dos fins do século XVIII e início do século XIX, havendo **seis pontos historiográficos que buscam explicar o surgimento da pena privativa de liberdade**: casas-trabalho que surgiram na Europa na segunda metade do século XVI; o sistema penitenciário próprio da Inquisição que, dois séculos antes, já possuía regimes penitenciários, comutação de penas capitais por privação de liberdade, isolamentos celulares, recompensa do delito-pecado, como modelos implementados no interior de celas monasteriais; a influência dos EUA, com a sua recente independência, na construção dos primeiros sistemas penitenciários, por influência das comunidades *Quakers* que defenderam a abolição das leis inglesas que previam o sofrimento corporal aos infratores penais; o humanismo clássico dentro do Iluminismo que repudiou os suplícios do Antigo Regime, uma visão ideológica que enxerga na pena privativa um progresso moral da humanidade; o modelo disciplinar que objetiva uma melhor distribuição espacial dos indivíduos de modo a deixá-los dóceis e úteis, como um pensamento que idealizou a prisão antes de sua previsão na lei como pena princi-

pal; e a perspectiva econômico-estrutural que estabelece uma conexão entre o surgimento do modo capitalista de produção e a origem do cárcere moderno (BEIRAS, 2016).

A **pena de prisão, no final do século XVIII, foi vista, portanto, para os humanistas clássicos, como uma forma de humanizar o Direito penal em substituição às punições cruéis de suplícios corporais do antigo regime.** A partir desse período, discussões se acentuaram entre os defensores das teorias absolutas e das teorias relativas, isto é, pena com função de retribuição e com função de prevenção, respectivamente.

No contexto histórico do Iluminismo, a pena de prisão recebeu, na obra de alguns autores clássicos, uma conotação utilitarista e significou um meio de defesa da sociedade contra a ameaça representada pelos crimes. Nesse ambiente, floresceram as ideias sistematizadoras das teorias absolutas e relativas. As primeiras buscavam justificar a retribuição como fim da pena, enquanto as segundas se concentravam na prevenção.

4. Teorias da que Buscam Legitimar a Pena

Foi a partir do século XIX que surgiu uma preocupação em sistematizar as funções da pena. Para Nilo e Zaffaroni, uma classificação sistemática das teorias que cuidam do fim da pena somente fora iniciada a partir de 1830 (ZAFFARONI; BATISTA; SLOKAR; ALARGIA; 2006). Tais autores apontam esse modelo de teorias como uma forma de legitimação do poder punitivo e de função geral de defesa social.

Contudo, as ideias iniciais quanto ao debate sobre retribuição e prevenção foram reavivadas na segunda metade do século XVIII e início do século XIX. Beccaria, por exemplo, defendeu o caráter utilitarista da pena. Feuerbach sustentou a teoria da coação psicológica para legitimar a função da pena. Até então era muito comum o predomínio da retribuição, nos moldes do talião, como função da pena.

Logo abaixo serão vistas as **teorias absolutas da pena**, que defendem a **retribuição** como função da pena, e as **teorias relativas,** as quais sustentam a **prevenção** como função da pena.

5. Teorias Absolutas

O **fundamento** ideológico das **teorias absolutas** encontra amparo na ideia do Estado Liberal que, guardião da justiça terrena, deveria limitar a sua proteção aos direitos individuais. Estava também presente na compreensão de pacto social que, ao ser violado, exigiria punição para o restabelecimento da ordem.

Nessa concepção, entende-se que o ser humano é capaz de se motivar pela norma e possui liberdade de escolha (livre arbítrio), sob uma ótica do sujeito. Segundo Bustos Ramírez, constitui uma teoria "totalmente subjetiva, tende a um posicionamento eticista do delito e do Direito penal [...]. Certamente a ênfase está aqui no posicionamento normativo, ou, em outras palavras, dogmático" (RAMÍREZ, 1992, p.93). **O papel da pena é de mal por mal ou retribuição.**

A retribuição como função da pena também foi defendida por Carrara, Binding, Mezger. Nessa época, entendia-se que o mal que faz o sujeito não se compara à resposta do Estado, o qual constitui o exercício do Direito. Com isso, buscou-se superar as críticas às teorias absolutas com o seu mero olho por olho e dente por dente, expressão do talião, ou mera vingança privada, uma vez que agora haveria uma pena aplicada pelo Estado com o seu *ius puniendi* (RAMÍREZ, 1992).

Na atualidade, com um sentido diverso do modelo clássico, **Ferrajoli** (2002) propõe um modelo penal que pode ser classificado como **retributivo especial**, no qual o seu fim não reside na mera defesa social de interesses constituídos ante à ameaça que os delitos representam. Logo, a pena não existe para responder a um mal com outro mal, seja na retribuição ética de Kant ou na retribuição jurídica de Hegel, ou, ainda, nos tempos atuais, para fundamentar um Direito Penal máximo ancorado em jargões como lei e ordem ou tolerância zero, com violações, segundo o autor, das liberdades fundamentais.

Com suporte nesse modelo, ensina o professor italiano que há uma conexão entre o fim retributivo da pena e a sua função preventiva, mas o contrário não é necessariamente verdadeiro, pois é possível prevenir sem retribuir algo. A prevenção afastada da retribuição é um ingrediente ao moderno autoritarismo penal e base de doutrinas correcionalistas de defesa social da prevenção especial (FERRAJOLI, 2002).

A pena do Direito Penal, nessa linha de raciocínio, objetiva a proteção do fraco contra o mais forte. O fraco é tanto o ofendido ou o ameaçado pelo delito quanto o autor do delito. O mais forte, "no delito, é o réu e, na vingança, é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários" (FERRAJOLI, 2002, p.270).

Por isso, o referido autor afirma que há uma garantia do caráter retributivo da sanção penal, pois o agente que praticou o crime só pode ser punido pelo que fez, não pelo que é. No entanto, o caráter retributivo serve para "excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado de *per si* mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito etc." (FERRAJOLI, 2002, p.270).

Boschi (2006) afirma que o modelo de Ferrajoli seria retribucionista com justificações específicas que o diferencia do modelo de retribuição defendido pelos clássicos.

O modelo retributivo da pena possui paralelo com o talião, pois implica punir um mal com outro mal, uma legitimação da vingança através do Estado em substituição ao ofendido. Por outro lado, a retribuição, sob o aspecto positivo, possui a exclusividade de permitir vincular a pena à medida da culpabilidade, evitando o abuso do Estado.

Até 1960, a visão retribucionista foi dominante no cenário do Direto Penal, inclusive na Alemanha, quando se apresentou um projeto alternativo ao projeto oficial de Código Penal. No projeto alternativo, chamado de um retorno a Liszt, defendeu-se a teoria unificadora, com ideal de retribuição e de prevenção geral e especial (ROXIN, 2004).

6. Teorias Relativas

As teorias preventivas, denominadas relativas, sustentam que a pena exerce uma função de prevenir a prática do delito cometido. Em outras palavras, a finalidade de aplicar a sanção penal é evitar o cometimento de novos crimes. **Divide-se em prevenção geral e prevenção especial.**

6.1. Função de Prevenção Geral e suas Modalidades

A função da pena como prevenção geral destina-se a justificar a punição como desestímulo à criminalidade, que encaminha um recado, quando concretizada, à toda sociedade. Divide-se em outras variantes, quais sejam: prevenção geral negativa; prevenção geral positiva, a qual pode ser classificada em fundamentadora e, ainda, em limitadora.

A prevenção geral positiva, no seu sentido mais comum, ensina que a função da pena corresponde à demonstração da importância dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal para a vida em sociedade. Quando a pena é aplicada, portanto, fica evidente para a sociedade a necessidade de não violar os bens jurídicos penais em razão do seu valor para a vida em sociedade.

Com amparo na prevenção geral negativa, entende-se que a pena tem a função de alertar os cidadãos ao não cometimento do crime em razão do exemplo visualizado da sanção aplicada ao criminoso. Nesse sentido, Feuerbach defendia uma função de coação psicológica. O objetivo da pena com a prevenção geral negativa é a dissuasão, com a pretensão de fixar exemplo aos que não praticaram crime e sentem-se tentados a fazê-lo (ZAFFARONI; BATISTA; SLOKAR; ALARGIA; 2006).

Esse modelo de prevenção geral, portanto, fundamenta-se em duas colunas: utilização do medo para intimidar as pessoas e crença na racionalidade do homem, em que esse faria um cálculo de custo e benefício antes de praticar um crime. Essa última premissa compreende o livre arbítrio do homem e sua capacidade racional de traçar seus objetivos como motivação para não cometer delitos.

Várias críticas são feitas à teoria da prevenção geral negativa por um setor da doutrina penal, uma vez que não seria possível demonstrar o poder de atuação racional do homem. A título de ilustração, Bitencourt discorre sobre a finalidade da teoria, ao dizer:

> é possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça de pena. Mesmo assim, a experiência confirma, isso não acontece em todos os casos, estando aí, como exemplos, os delinquentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais. (*Ibidem*, 2000, p.78)

Zaffaroni e Nilo também criticam a função de prevenção geral negativa. Afirmam que nos delitos com finalidade lucrativa a punição recairia sempre sobre os vulneráveis, os quais costumam praticar esse tipo de crime com habitualidade. Desse modo, o efeito seria contrário ao fomentar o aperfeiçoamento na execução desses crimes. Para os criminosos invulneráveis, como nos casos de colarinho branco e de terrorismo, não há o efeito da dissuasão com a pena. Aqui, os criminosos fanáticos não fazem essa reflexão. Da mesma forma, nos crimes motivados por ganhos patrimoniais elevados ou em situações propícias à reflexão, como na maioria dos homicídios dolosos, além dos casos de motivações patológicas de semi-imputáveis. Concluem que "as únicas experiências de efeito dissuasivo do poder punitivo passíveis de verificação são os estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas" (ZAFFARONI; BATISTA; SLOKAR; ALARGIA; 2006, p. 118).

Com relação à prevenção geral positiva, existem várias teorias com abordagens distintas. No seu sentido mais conhecido, apregoa-se que a pena visa prevenir a lesão aos bens jurídicos penais, de modo que as pessoas possam deixar de cometer crimes em razão do valor e da importância dos bens jurídicos penais para a vida social.

Pode-se dizer, ainda, que a teoria da prevenção geral positiva é uma teoria expressiva, segunda a qual, a pena contida na condenação, com sua inerente capacidade de censura, permite um diálogo com o condenado, apontando-lhe a gravidade de sua conduta, enxerga o condenado como um agente moral, autorresponsável e não como um mero objeto do *ius puniendi* estatal. A censura, incorporada na punição, na perspectiva da teoria expressiva, funciona ainda como um canal de comunicação com a vítima, para mostrar-lhe que o crime contra ela praticado foi de responsabilidade de outra pessoa, condenada pelo Estado (TEIXEIRA, 2015, p.90).

6.2. Função de Prevenção Especial

A **prevenção especial**, por sua vez, não almeja impor temor aos demais membros da sociedade que não praticaram crime. Ela **dirige-se unicamente ao indivíduo que cometeu a infração penal**, para que não volte a infringir a regra penal de convivência social imposta pelo Estado (ROXIN, 2004).

Com a **prevenção especial negativa** busca-se tornar o autor da infração penal, que fora sentenciado um inofensivo mediante a pena de privação da liberdade. Seria uma função da pena específica para os indivíduos não corrigíveis e nem intimidáveis (ROXIN, 2004).

Na **prevenção especial positiva,** predominam, como função da pena, os objetivos de ressocializar, reeducar e reinserir o indivíduo que cometeu a infração penal. É o aspecto positivo da sanção penal de incutir novos valores no indivíduo para impedi-lo de retornar à delinquência.

Merece destacar que o artigo 5º, item 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[1], promulgada no Decreto 678/92, narra que "as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e readaptação social dos condenados". (BRASIL, 1994).

Pode-se afirmar que, dentre as diversas teorias acerca da função da pena vistas acima, sobreviveu uma forte corrente ressocializadora, de **prevenção especial positiva,** com caráter mais humanista, que fora insculpida no **artigo 1º** da lei 7.210/84 (**Lei de Execução Penal**), na fase de execução da pena.

Portanto, a função da pena no sentido de **prevenção especial positiva**, ou seja, de **ressocializar, de reeducar o condenado, para o seu retorno ao convívio social** foi insculpida no art.1º da lei de Execução Penal brasileira (BRASIL, 1984).

7. Teoria Mista

Não passou despercebido também do legislador brasileiro **a função mista da pena**, retribuição e prevenção, conforme destaque na parte final do texto do artigo 59 do Código Penal, precedida da expressão suficiente, a qual indica que o julgador deverá observar o princípio da proporcionalidade para fixar a pena na primeira fase da dosimetria, no qual existe maior espaço para a discricionariedade vinculada.

Merece alertar que a intensa dialética entre as teorias que cuidam das funções da pena, com discutível comprovação empírica dos resultados, fez surgir, no sistema jurídico dos EUA, uma desconstrução da função ressocializadora, que contribuiu para o processo de deslegitimação da função da pena e ajudou a consolidar um pensamento atuarial. Nesse, a pena de

[1] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm > Acesso em 21 de marc. de 2020)

prisão ganha uma função de controle da criminalidade, com uma conotação gerencial, considerada importante no ambiente atual de expansão do Direito Penal e da necessidade política de controlar os índices de criminalidade, sem prejuízo de aumento das taxas de segregação carcerária. De todo modo, o **atuarialismo penal** não integra o objeto do presente capítulo, foi tratado no tópico sobre Temas de Política Criminal.

8. Prevenção Geral Positiva Fundamentadora

Jakobs, na segunda fase de divulgação de suas ideias, defendeu a **prevenção geral positiva fundamentadora,** segundo a qual a pena é aplicada com a finalidade de reafirmar a confiança normativa, de exercitar a fidelidade jurídica, a aceitação das consequências, como um modelo de "prevenção geral por meio do exercício do reconhecimento normativo" (*Ibidem*, 1997, p.18).

Para um conhecimento mais completo das propostas de Jakobs (funcionalismo sistêmico, direito penal do inimigo e outras), recomendamos a leitura das teorias do crime, abordadas no primeiro capítulo do PDF da nossa apostila, de forma bem completa.

9. Prevenção Geral Positiva Limitadora

Vale mencionar ainda a função de **prevenção geral positiva geral limitadora ou prevenção geral democrática**, que busca limitar o poder de punir do Estado à proteção dos bens jurídicos penais, vinculada aos princípios penais que regem um Estado Democrático de Direito, criando expectativas sociais que oriente a sociedade a não cometer crimes, ou seja, que a pena exerça uma eficácia motivadora (RAMÍREZ, 1992).

Para Duek Marques, **a prevenção geral positiva limitadora** não afasta os efeitos da prevenção fundamentadora, mas acrescenta importante dado no sentido de limitar a intervenção do Estado, com uma proposta de Direito Penal garantista, com a intervenção penal guiada pela necessidade de proteção de bens jurídicos essenciais à vida coletiva, bem como nos princípios da humanidade, socialização e culpabilidade (*Ibidem*, 2008).

10. Teoria Unificadora Dialética

Outras variantes das teorias que buscam explicar ou negar a função da pena surgiram. Conforme dito acima, o modelo unificador previsto no projeto Alternativo alemão de 1962 foi criticado por **Roxin**, o qual defendeu um **modelo unificador dialético** no qual a prevenção positiva se destaca, mas está vinculada à proteção subsidiária de bens jurídicos, bem como ao objetivo de preservar a individualidade do sujeito que recebe a pena (ROXIN, 2004).

Bustos Ramirez explica da seguinte forma o **modelo unificador dialético de Roxin:**

> **O direito penal atuaria com a pena em diferentes momentos**: cominação penal em que aparece em primeiro plano a prevenção geral, entendida na forma ampla, semelhante à posição de Hassemer; imposição e medição da pena, que seria o momento da realização da justiça, no fundo a posição retributivo-preventiva geral, à semelhança de Merkel e Jakobs, e por último, execução da pena, que é o momento da prevenção especial, o da reintegração ou ressocialização do delinquente. É então um processo dialético em que o momento de retribuição não aparece de modo abstrato, para cumprir um ideal absoluto de justiça, mas limitado e condicionado pela realidade imposta pelos momentos de prevenção geral e especial. Sendo assim, e isto não escapa de Roxin, no momento da síntese, um deve ser o predominante; para ele, igualmente, como dispõe a respeito o projeto Alternativo, tal momento é o da prevenção especial: 'se pode dizer que para uma concepção moderna, a ressocialização deve considerar-se como o fim principal da pena, já que serve tanto ao delinquente como à sociedade é a que mais se aproxima da meta de uma coexistência de todos os cidadãos em paz e liberdade. (*Ibidem*, 1992, p.107).

11. Teoria Agnóstica da Pena

A **teoria agnóstica da pena** nega a finalidade legitimadora da pena, seja da retribuição ou da prevenção. Apregoa que não há justiça, racionalidade ou legitimidade democrática na retribuição. Do mesmo modo, a finalidade preventiva de evitar crimes não é demonstrada empiricamente. Nega, portanto, qualquer caráter positivo da pena, por isso é denominada **teoria negativa agnóstica** (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2019).

Nessa linha crítica, Zaffaroni, Nilo, Slokar e Alargia (2006) discorrem sobre a **teoria negativa agnóstica**, para a qual a pena é um mero ato de poder com exclusiva explicação política, sem qualquer justificação positiva como se pretende nas teorias tradicionais. O Direito Penal, baseado na teoria negativa, encontra-se livre para elaborar decisões que reforcem a seguran-

ça jurídica, ou seja, tutela de bens jurídicos, mas não dos bens jurídicos das vítimas de delitos. A pena subtrai o conflito da vítima sem compô-lo, na esperança de que o tempo resolva.

A **teoria agnóstica** se recusa a buscar o conhecimento sobre as várias funções da pena, concentra-se em reconhecer a ilegitimidade das funções da sanção penal e, dessa forma, parte para uma atuação redutora, segundo Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2019). Ressalte-se que o funcionalismo redutor consta do primeiro capítulo, quando foram abordadas as teorias do crime.

12. Teoria Material Dialética

Além da teoria agnóstica, merece ser citada outra **teoria criminológica**, ou seja, a teoria **material dialética,** segundo a qual "a pena nada mais é do que a reprodução, no sistema punitivo, da retribuição falsamente equivalente realizada nos demais campos das relações sociais [...] serve para produzir mais delito em um verdadeiro ciclo vicioso" (BUSATO, 2013, p.793-794).

Na perspectiva da **teoria material dialética**, segundo Juarez Cirino dos Santos (2007), que é o melhor representante no Brasil da referida teoria, a **pena constitui uma forma de punição específica da sociedade capitalista.** Isto é, o modelo de produção capitalista, como todo sistema de produção, tende a buscar formas punitivas que possuem correspondência nas suas relações de produção.

Desse modo, o sistema punitivo buscará punir o criminoso, com uma privação equivalente, naquilo que o indivíduo trabalhador tem de mais valioso, ou seja, o tempo. Dito de outro modo, para o referido autor, algo semelhante ocorre no campo cível, com a formação social capitalista, ou seja, a retribuição equivalente no âmbito da responsabilidade civil, por exemplo, sob a forma de contrato, de indenização; enquanto no âmbito penal, a retribuição equivalente ocorre sob a forma de pena privativa de liberdade, "como valor de troca do crime medido pelo tempo de liberdade suprimida" (SANTOS, 2007, p.473).

A teoria material dialética é criticada em razão de seu profundo economicismo, além de não explicar a tutela de Direitos Humanos com o uso do Direito Penal, como ocorre nos crimes de racismo, de genocídio, de tortura (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2019).

13. Questões sobre Teorias da Pena

DIRETO DO CONCURSO

Questão 1 (JUIZ - SC/2019). O estudo das teorias relaciona-se intimamente com as finalidades da pena. Nesse sentido, a teoria que sustenta que a única função efetivamente desempenhada pela pena seria a neutralização do condenado, especialmente quando a prisão acarreta seu afastamento da sociedade, é a teoria

a) das janelas quebradas.

b) relativa.

c) unificadora.

d) absoluta.

e) agnóstica.

COMENTÁRIO

Letra e.

Conforme visto no texto acima, quando tratamos das teorias da pena, a teoria agnóstica nega as funções da pena, por isso é também chamada agnóstica negativa. Dessa forma, a única característica da pena privativa é a segregação indivíduo.

Questão 2 (DEFENSOR PÚBLICO - BA/2016) Ao nível teórico, a ideia de uma sanção jurídica é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, porque este não motiva o comportamento, mas apenas o impede, o que fere o conceito de pessoa (...) por isso, a mera neutralização física está fora do conceito de Direito, pelo menos no nosso atual horizonte cultural. (...) A defesa social é comum a todos os discursos legitimantes, mas se expressa mais cruamente nessa perspectiva, porque tem a peculiaridade de expô-la de modo mais grosseiro, ainda que também mais coerente (...)."

(ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro I. Rio de Janeiro: Revan, 2003)

A teoria da pena criticada na passagem acima é:

a) agnóstica.

b) retributiva.

c) prevenção especial ressocializadora.

d) prevenção geral intimidatória.

e) prevenção especial negativa.

COMENTÁRIO

Letra e.

O texto crítico menciona a ideia da função da pena no sentido de apenas neutralizar o indivíduo para evitar novos crimes, ou seja, nessa perspectiva, indica a função da prevenção especial negativa, a qual não almeja a ressocialização do condenado.

Questão 3 (DEFENSOR PÚBLICO - AL/2019) Julgue os itens subsequentes, acerca do instituto da pena.

Quanto às suas finalidades, segundo a teoria eclética ou conciliatória, a pena tem dupla função: punir o criminoso e prevenir a prática do crime.

COMENTÁRIO

Certo.

O texto está correto, refere-se à teoria mista (eclética, multifacetária) que defende a retribuição e a prevenção como função da pena. O art.59 do Código Penal, última parte, vinculou-se a este modelo, no momento da dosimetria da pena.

Questão 4 (DEFENSOR PÚBLICO - MG/2019) Analise as afirmativas a seguir sobre penologia e assinale com V as verdadeiras e com F as falsas.

A característica essencial da Teoria Relativa da Pena consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado por meio do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado.

( ) Para a Teoria Absoluta da Pena, a pena se justifica não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Vale dizer, aqui a pena se impõe para que não volte a delinquir e não pelo simples fato de ter delinquido.

( ) A prevenção geral negativa ou intimidatória assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros por meio da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; a prevenção geral positiva assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.

( ) De acordo com a classificação sugerida por Ferrajoli, as teorias da prevenção especial podem ser formalmente divididas em teorias da prevenção especial positiva, dirigidas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso.

( ) A prevenção geral positiva, na concepção de Feuerbach, traduz a ideia de que a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, quer dizer, é uma "coação psicológica" com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.

Assinale a sequência correta.

a)- V, V, F, F, F;

b)- F, F, V, V, V;

c)- V, V, F, F, V;

d) F, F, V, V, F.

COMENTÁRIO

Letra d.

A teoria absoluta, conforme visto no capítulo acima, prega a retribuição como função da pena, retribuição de mal com mal, não apregoa a prevenção com a finalidade de evitar novos crimes,

características das teorias relativas. Por isso, as duas primeiras assertivas estão incorretas. A prevenção geral negativa realmente aponta a função da pena na prevenção de novos no sentido do temor gerado pela sanção penal. Todavia, a prevenção geral positiva afirma que a pena, quando aplicada, projeta a importância dos bens jurídicos penais, de modo a evitar por parte dos cidadãos o cometimento de crimes. A teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, de Jakobs (funcionalismo sistêmico), entende que a pena assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem, ou seja, a pena aplicada demonstra a importância da norma para a vida em sociedade. Desse modo, embora tenha sido dado como correto o terceiro item, merece a crítica de não ter adjetiva a teoria do Jakobs corretamente, ou seja, é prevenção geral positiva fundamentadora, não somente prevenção geral positiva. A quarta assertiva está correta, extraída do pensamento escrito do Ferrajoli. A quinta assertiva está errada porque a teoria da coação psicológica do Feuerbach relaciona-se com a função de prevenção negativa da pena, não com a função de prevenção positiva.

Questão 5 (DELEGADO - BA/ 2018) A respeito da Teoria das Penas, assinale a alternativa correta.

a) A finalidade da pena, na teoria relativa, é prevenir o crime. Na vertente preventiva-geral, o criminoso é punido a fim de impedir que ele volte a praticar novos crimes.

b) A finalidade da pena, na teoria relativa, é prevenir o crime. Na vertente preventiva especial, de acentuado caráter intimatório, o criminoso é punido para servir de exemplo aos demais cidadãos.

c) A finalidade da pena, na teoria absoluta, é castigar o criminoso, pelo mal praticado. O mérito dessa teoria foi introduzir, no Direito Penal, o princípio da proporcionalidade de pena ao delito praticado.

d) A finalidade da pena, para a teoria eclética, é ressocializar o criminoso. O mérito dessa teoria foi humanizar as penas impostas, impedindo as cruéis e humilhantes.

e) O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria absoluta, tendo a pena apenas o fim de ressocializar o criminoso.

COMENTÁRIO

Letra c.

A teoria absoluta, conforme visto no capítulo acima, prega a retribuição como função da pena, retribuição de mal com mal, não apregoa a prevenção. Duas críticas, uma positiva e outra negativa, são dirigidas à referida teoria. A primeira é que a teoria absoluta sempre esteve ligada à ideia do talião, do olho por olho, dente por dente, o qual permitiu, na história da humanidade, o uso, não raro, de sanções cruéis, que esteve ligada aos suplícios que antecederam às mudanças introduzidas pelo Estado Liberal, a partir do final do século XVIII. De outro lado, sob o aspecto positivo, a retribuição como característica da pena, permite uma pena na medida da culpabilidade, de forma proporcional, de modo a constituir um limite ao poder de punir do Estado, nesse aspecto, não alcançado pela prevenção.

QUESTÃO 6 (DELEGADO - MA/2018) A respeito das teorias que tratam das funções da pena, assinale a opção correta.

a) A teoria correcionalista considera que a pena se esgota na ideia da retribuição como resposta ao mal causado pelo autor do crime.

b) A teoria preventiva geral positiva considera que a pena tem a função de inibir comportamentos antissociais e moldar comportamentos socialmente aceitos.

c) A teoria absoluta considera que a pena possui caráter retributivo, preventivo e ressocializador.

d) A teoria preventiva geral considera a pena como um meio para prevenir a reincidência do indivíduo.

e) A teoria preventiva especial considera a pena como um meio para intimidar os potenciais praticantes de condutas delituosas.

COMENTÁRIO

Letra b.

A assertiva B apresenta a teoria da prevenção geral positiva, ou seja, que possui várias ramificações, conforme visto no texto sobre as teorias da pena, abordado no presente material. Em seu sentido mais geral, a prevenção geral positiva significa que a pena mostra a importância dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, de modo que as pessoas que vivem em sociedade passem a não cometer crimes por reconhecerem a relevância dos bens jurídicos penais para a vida em sociedade. Desse modo, a letra B está correta, ao falar em prevenção de crimes (inibir comportamentos antissociais) e em incutir valores de relevância dos bens jurídicos penais (moldar comportamentos socialmente aceitos).

Questão 7 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/ MPMS/2015) Assinale a alternativa incorreta:

a) O filósofo Imannuel Kant foi um dos expoentes da concepção retributiva da pena, entendendo ser esta uma exigência ética irrenunciável, qualificando-a como um imperativo categórico, sendo a pena um fim em si mesma, não lhe correspondendo nada mais que simplesmente realizar a justiça.

b) Para Hegel, também adepto do pensamento retributivo da pena, o Direito é a expressão da vontade racional e o delito constitui a expressão de uma contradição à racionalidade, sendo que a pena surge como um papel restaurador ou retributivo, fundamentando-se em razões de necessidade jurídica.

c) Para Carrara, destaque da Escola Clássica, a pena fundamenta-se no restabelecimento da ordem externa da sociedade, quebrada pelo delito.

d) Von Liszt – expoente das teorias relativas da pena – sustentou que a pena é idealizada como exemplo, voltada a dissuadir pela demonstração de desagrado e pela geração de um prejuízo.

e) As chamadas soluções mistas ou ecléticas em relação ao fundamento da pena são as que dominam o debate doutrinário e jurisprudencial na atual quadra da história, sendo relevante a contribuição de Adolf Merkel ao sustentar ser fictícia a contraposição entre retribuição e prevenção, dizendo que a pena naturalmente possui as duas facetas, as quais, na verdade, não podem ser cindidas.

COMENTÁRIO

Letra d.

A assertiva **d** está incorreta. Sobre a teorias da pena, de forma resumida, o Von Liszt não sustentou a função apontada no item. Liszt defendeu três aspectos da pena: ao cidadão de intenções retas, a pena busca mostrar o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados, a pena apresenta em perspectiva, como consequência do ato jurídico, um mal, que deverá servir de contrapeso às tendências criminosas; por fim, a possibilidade de aplicar medidas de defesa social contra indivíduos perigosos, após terem cometido uma infração penal (*Ibidem*, 2003).

Questão 8 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/ MPDFT/2012) A teoria da prevenção geral positiva acredita que a pena possui a função de prevenir novos crimes, seja demonstrando a importância do bem jurídico tutelado pela norma penal, para o convívio em sociedade, seja reafirmando o valor da norma (prevenção geral fundamentadora). Dessa forma, a pena pode sim inibir e moldar comportamentos socialmente aceitos.

Assinale a alternativa falsa:

a) As teorias criminológicas de cunho etiológico individualizante têm na personalidade deficitária do criminoso o principal fator explicativo da criminalidade.

b) A teoria da anomia e a teoria da subcultura representam exemplos do paradigma criminológico etiológico sociocultural.

c) A prevenção geral negativa, por meio da punição do autor do delito, tem por propósito desmotivar outros membros da sociedade a realizarem condutas similares.

d) A teoria da prevenção geral positiva limitadora concebe o Direito Penal como um instrumento a mais de controle social, caracterizado pela sua formalização.

e) A teoria preventiva especial positiva atribui à pena a função declarada de ressocializar o agente, o que o faz por meio da inocuização.

COMENTÁRIO

Letra e.

a) Correta. O pensamento criminológico etiológico-individualizante enxergla a criminalidade de forma ontológica e busca as causas do crime na pessoa do criminoso, o qual possui, nessa corrente, personalidade deficitária.

b) Correta. O termo anomia significa a ausência de lei. A teoria da anomia, na visão de Durkheim, está relacionada com as ideias de consciência coletiva e de solidariedade orgânica.

> Haverá anomia, compreendida como ausência ou desintegração das normas sociais, sempre que os mecanismos institucionais reguladores do bom gerenciamento da sociedade não estiverem cumprindo seu papel funcional. (...) O crime, por sua vez, é um fenômeno normal de toda estrutura social (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: RT, 2004, p. 219).

Com suporte na teoria da subcultura do delinquente, afirma-se que existe uma subcultura da violência quando pessoas que integram determinados grupos passam a aceitar a violência como uma forma normal de solucionar conflitos, por exemplo os grupos denominados skinheads, hooligans.

c) Correta. A pena, segundo a teoria da prevenção geral negativa, possui a função de desmotivar os demais membros da sociedade à prática delitiva através do temor. Feuerbach defendeu a "teoria da coação psicológica" que compreende a pena como uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos.

d) Correta. A teoria da prevenção geral positiva limitadora, ou prevenção geral democrática, conforme dito no texto acima, quando tratamos do tema, busca limitar o poder de punir do Estado à proteção dos bens jurídicos penais, vinculada aos princípios penais que regem um Estado Democrático de Direito, criando expectativas sociais que oriente a sociedade a não cometer crimes, ou seja, que a pena exerça uma eficácia motivadora (RAMÍREZ, 1992). Para Duek Marques, a prevenção geral positiva limitadora não afasta os efeitos da prevenção fundamentadora, mas acrescenta importante dado no sentido de limitar a intervenção do Estado, com uma proposta de Direito penal garantista, com a intervenção penal guiada pela neces-

sidade de proteção de bens jurídicos essenciais à vida coletiva, bem como nos princípios da humanidade, socialização e culpabilidade (*Ibidem*, 2008).

e) Errada. A ressocialização, na proposta da teoria da prevenção especial positiva, art. 1º, da lei 7.210/84, ocorre através do trabalho, dos estudos etc., buscando a reinserção social do sentenciado, não através da neutralização ou afastamento do meio social.

Questão 9 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/ MPDFT/2005) Sobre os fins da pena é incorreto afirmar:

a) As teorias absolutas fundamentam a sanção penal na mera retribuição ao delito perpetrado, sendo aplicada por necessidade ética (Kant) ou jurídica (Hegel).

b) A teoria da prevenção geral negativa, na concepção de Feuerbach, funda-se no caráter intimidatório da pena sobre os destinatários das normas jurídicas.

c) Para a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, deve o Direito Penal garantir primordialmente a função orientadora das normas jurídicas, vale dizer, garantir a estabilização das expectativas sociais.

d) A partir da dicção do artigo 59 do Código Penal, segundo o qual o juiz deve fixar a pena com vistas à reprovação e à prevenção do crime, pode-se concluir, com a maioria dos autores pátrios, que nosso ordenamento jurídico acolheu uma teoria mista aditiva que busca conciliar retribuição e prevenção geral e especial.

e) A teoria da prevenção especial implica a simples neutralização do criminoso, sem maiores preocupações com a ressocialização do condenado supostamente corrigível.

COMENTÁRIO

Letra e.

As letras **a, b, c e d** estão corretas. Conforme visto no texto acima, na abordagem sobre as teorias da pena, foi visto, além de outras variantes, três grupos de teorias que sistematizam a função da pena: absolutas, relativas e as mistas ou ecléticas. A retribuição é a função da pena no ideal da teoria absoluta. Nessa perspectiva retribucionista, há um aspecto negativo por sua ligação histórica com o paradigma do talião, mas, por outro lado, absorve o aspecto

crítico favorável à pena na medida da culpabilidade. Autores como Kant e Hegel apontavam o caráter retributivo da sanção penal como seu fim. Kant dizia que o sentenciado deveria ser castigado porque simplesmente infringiu a lei, ou seja, a pena é dirigida ao culpado porque simplesmente praticou um crime. Partindo de sua compreensão da lei como imperativo categórico (fim em si mesmo), afirmava que o intuito da pena era realizar justiça porque "quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a terra" (*Apud* BITENCOURT, 2000, p.71). Kant afirmou que o último assassino preso deveria ser executado para pagar o crime cometido, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime. Isso deveria acontecer ainda que fosse em uma ilha, onde a população tivesse a necessidade de abandonar o lugar diante de alguma emergência. Caso contrário, a culpabilidade do criminoso não retribuída recairia sobre o povo (RAMÍREZ, 1992).

Hegel afirmou que a pena constituía a negação da negação do Direito, a sua imposição serviria para o restabelecimento da ordem jurídica quebrada. A pena, nessa perspectiva, restabeleceria o direito do lesado, sendo que a sua quantidade seria guiada pelo grau da negação ao direito (GOMES FILHO *et al*., 2012).

A teoria relativa incorpora a prevenção como função da pena. Na antiguidade, sem uma classificação nos moldes surgidos no século XIX, Platão anunciara a função preventiva da pena em substituição à retributiva, quando afirmou que a pena não deveria ser aplicada contra um mal passado que não se pode desfazer, mas, sim, considerando o futuro em relação a quem cometeu para não voltar a praticar, a quem viu a punição para que não venha a cometer um delito (*Apud* BOSCHI, 2006).

Para as teorias mistas ou ecléticas ou unificadoras (multifacetárias), a função da pena é retribuir e prevenir (Merkel). O art.59 do CP, na fase da dosimetria, adotou a teoria mista ao afirmar que a pena será fixada de forma suficiente para reprovar e prevenir.

A letra **e** é a única alternativa incorreta. A ressocialização, na proposta da teoria da prevenção especial positiva (LEP, 1984), ocorre através do trabalho, dos estudos etc., e busca a reinserção social do sentenciado, e não mediante a inocuização ou a neutralização, que fazem parte da prevenção especial negativa (GOMES FILHO *et al*., 2012).

14. Aplicação da Pena

A aplicação da pena constitui uma das etapas da sentença penal condenatória. É certo que, nos casos de absolvição, não existe a fase da dosimetria da pena, uma vez que a sentença termina na conclusão pela absolvição.

Nas fases da sentença penal, a dosimetria aparece após a conclusão, ou seja, **uma sentença penal é formada das seguintes fases**:

- relatório;
- motivação ou fundamentação;
- parte dispositiva ou conclusiva; e
- parte autenticativa.

Na parte conclusiva, quando conclui pela condenação, o julgador deverá iniciar a dosimetria da pena, com suporte no sistema trifásico adotado no art.68 do Código Penal: pena-base na 1ª fase, com análise das circunstâncias judiciais do art. 59; 2ª fase, agravantes e atenuantes (arts. 61 a 67 do CP); 3ª fase, causas de aumento e de diminuição de pena.

Depois disso, se houver concurso de crimes, é importante justificar a aplicação da pena para cada crime. Do mesmo modo, se houver mais de um condenado, o julgador deverá individualizar a pena fixada para cada um deles.

Após a obtenção da pena definitiva, o julgador fixará o regime inicial. Em seguida, analisará a possibilidade de substituição da pena privativa por penas restritivas de direito (arts. 43, 44 e seguintes do CP). Na sequência, verificará, caso não cabível a substituição anterior, a possibilidade de suspensão condicional da pena (sursis, art. 77 do CP).

O julgador ainda examinará a possibilidade de o condenado recorrer ou não em liberdade, com suporte nos requisitos da prisão preventiva. Após a referida valoração, determinará a expedição de mandado de prisão ou de alvará de soltura, se for o caso.

Por fim, o julgador tratará dos efeitos não automáticos da condenação. Por **exemplo**: art. 92 do CP; art. 4º da Lei 13.869/2019 - Abuso de Autoridade) e/ou de efeito automático da condenação (**exemplo**: perda do cargo em caso de condenação prevista na Lei 9.455/97 - Lei de Tortura).

A sentença conterá na parte final o regramento sobre: pagamento de custas; inclusão do nome do réu no rol de culpados; expedição de guia de recolhimento ou de execução; comunicação da condenação ao Tribunal Regional Eleitoral do respectivo Estado, para fins eleitorais; recolhimento referente à pena de multa, se for o caso; comunicação ao órgão competente que cuida dos dados de antecedentes penais; comando para publicação, registro e intimação da decisão (SCHMITT, 2008).

15. Classificação das Penas na Constituição de 1988

Na CRFB de 1988, no seu art. 5º, inciso XLVI, ao tratar do princípio da individualização da pena, o constituinte originário estabeleceu um **rol exemplificativo** de penas que poderão trabalhadas pelo Legislador no momento da confecção do preceito secundário dos tipos penais.

Dispõe o inciso XLVI do art. 5º da CRFB:

> XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;

Desse modo, é possível a existência de penas não previstas no rol do inciso XLVI, como ocorre nos dias atuais, **exemplos**: art. 28 da lei n. 11.343, Lei das Drogas, aponta pena de advertência sobre os efeitos da droga, de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento à programa ou curso educativo, sendo que a primeira e a terceira não fazem parte, explicitamente, do inciso XLVI; o próprio Código Penal, no seu art. 43, possui penas restritivas não contempladas no inciso XLVI do art. 5 da CRFB, como a limitação de fim de semana.

16. Princípios Penais Constitucionais Explícitos e Implícitos Relacionados à Aplicação da Pena

Vários princípios são usados pela jurisprudência e pela doutrina na interpretação dos institutos relacionados às penas, como, por **exemplo**:

- dignidade da pessoa humana;
- legalidade;
- culpabilidade;
- proporcionalidade;
- humanidade;
- individualização da pena;
- responsabilidade pessoal;
- limitação das penas;
- suficiência;
- e outros.

Todos esses princípios foram examinados com doutrina, jurisprudência e questões no capítulo sobre "princípios penais e jurisprudência do STF e do STJ".

17. Penas Previstas no Código Penal Brasileiro

As penas previstas na Legislação Penal (Código Penal e Leis Especiais) podem ser classificadas em: pena privativa de liberdade; pena de multa; e penas restritivas de direito.

Obs.: Ressaltam-se as modalidades mais específicas de penas previstas tanto no art. 28 da Lei 11.343/2006, para o agente que porta droga para consumo pessoal, bem como as modalidades específicas de penas previstas nos arts. 21 e 22 da Lei 9605/98, quando tratam das sanções penais das pessoas jurídicas.

Arts. 28 e 29 da Lei 11.343/2006:

> **Art. 28.** Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I – advertência sobre os efeitos das drogas;
> II – prestação de serviços à comunidade;
> III – medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.
§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.
§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.
§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.
§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.
§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:
I – admoestação verbal;
II – multa.
§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.
Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.
Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

Arts. 21 e 22 da Lei 9.605/98:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:
I – multa;
II – restritivas de direitos;
III – prestação de serviços à comunidade.
Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:
I – suspensão parcial ou total de atividades;
II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.
§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.
§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.
Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:
I – custeio de programas e de projetos ambientais;
II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
III – manutenção de espaços públicos;
IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

18. Modelo Normativo de Aplicação da Pena do Código Penal Brasileiro

Sobre a aplicação da pena, é importante enfatizar que **o Código Penal brasileiro adotou o modelo trifásico**: pena base; agravantes e atenuantes; causas de aumento e causas de diminuição de pena. O referido modelo deve ser obedecido no processo de dosimetria da pena, sob o risco de nulidade da sentença penal no caso de descumprimento do modelo trifásico, conforme já decidiu o **STJ (REsp 194.218/MG).**

Registra-se que, em meados do século XX, **Roberto Lyra defendeu o modelo bifásico de dosimetria**, no qual a primeira fase também alcançava as agravantes e as atenuantes, restando para a segunda fase as causas de aumento e de diminuição de pena. Todavia, à época, venceu a tese de **Nelson Hungria, o qual sustentou o sistema trifásico** de dosimetria da pena.

Sob o **aspecto histórico**, merece destacar que o primeiro Código Penal brasileiro, chamado de Código Criminal do Império, do ano de 1830, que estabelecia que o juiz deveria individualizar a pena em graus estabelecidos (mínimo, médio e máximo). **Exemplo**: crime de homicídio previsto no art.192 (grau máximo: pena de morte; grau médio: galés perpétua; grau mínimo: 20 anos). Havia a previsão de penas de banimento e também de degredo (ou desterro), bem como era proibida a prescrição.

O segundo Código Penal brasileiro, primeiro Código da fase republicana, Código Penal de 1889, revogou a pena de galés perpétua; estabeleceu o limite de cumprimento de 30 anos; instituiu a prescrição e autorizou a detração.

O limite máximo de cumprimento de pena foi mantido pelo Código Penal de 1940 e pela Reforma Penal (LEP, 1984) que alterou a Parte Geral do Código Penal. Em 24 de dezembro

2019, foi publicada a lei **13.964 (Lei Anticrime),** que deu nova redação ao art.75 e ao seu § 1º, **aumentando o limite de cumprimento de pena para 40 anos**. Ressalte-se que a referida Lei entrou em vigor 30 dias após a sua publicação.

> **Art. 75.** O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.
> § 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo (Código Penal, alterado pela Lei Anticrime, 13.964/2019).

18.1. Necessidade de fundamentação

Conforme os arts. 93, IX, da CRFB e 564, IV, do CPP, a sentença penal deve fundamentar a condenação e todo o processo de dosimetria da pena, que faz parte da sua conclusão, sob pena de nulidade. Todavia, importa destacar que, não raro, a jurisprudência contempla a anulação da decisão penal que não fundamentou adequadamente a dosimetria da pena, se houver prejuízo para o condenado, em casos de recursos exclusivos da defesa, sob a argumentação da *não reformatio in pejus*.

No Brasil, não é incomum, no dia a dia forense, a constatação de decisões penais que fixam a pena no mínimo, sem o devido exame valorativo, principalmente, das circunstâncias judiciais do art. 59.

18.2. Política da Pena Mínima

No que se refere à **política da pena mínima**, observa-se a sua presença em muitas condenações penais no Brasil, em razão da **valoração inadequada do artigo 59 do Código Penal**. Esse exame precário faz surgir uma sanção, na primeira fase, no valor mínimo previsto na lei (GOMES FILHO, 2012).

A política da pena mínima consiste em aplicar pena no mínimo legal sem fundamentar as circunstâncias judiciais. Ocorre na primeira fase. Constitui um costume judicial disseminado no país, segundo Guilherme de S. Nucci (2013).

A pena fica desproporcional na primeira fase. A política da pena mínima é uma preguiça judicial na fundamentação das decisões judiciais penais. Gera o prejuízo em cascata: regime inicial (art. 33, § 3º), substituição da pena privativa por restritiva de direito (art. 44, III), continuidade delitiva qualificada/especial (art. 71, parágrafo único - critério: n. de crimes e circunstâncias judiciais).

Com isso, além de receber uma pena-base aquém de sua culpabilidade (medida de pena), o condenado cumpre a pena em um regime inicial melhor do que merece e, por sua vez, ainda pode receber a substituição de pena privativa por penas restritivas, tudo isso com flagrante violação ao princípio da proporcionalidade da sanção penal.

É importante alertar, a título de **exemplo**, que a pena prevista para o crime de corrupção passiva, é de 2 a 12 anos de prisão, com a possibilidade de aumento de um terço (CP, 1940). A corrupção ativa também possui previsão de sanção de 2 a 12 anos de prisão (CP, 1940).

Vale ressaltar, ainda, que um réu condenado por vários crimes iguais não terá, necessariamente, as suas penas somadas, pois existe um instituto, no concurso de crimes, chamado continuidade delitiva, o qual, em linhas gerais, permite a aplicação da pena de um só dos crimes, aumentada de um sexto a dois terços, impedindo a soma das condenações. Por exemplo, um réu condenado por 10 crimes, com penas de 2 anos cada, não receberá automaticamente uma condenação de 20 anos de prisão, mas poderá receber 2 anos mais dois terços, ou seja, uma pena final de 3 anos e 4 meses de prisão no regime aberto, que poderá ser substituída por duas penas restritivas (GOMES FILHO, 2012).

Com esses dados, pode-se inferir que a condenação de réu não reincidente que não ultrapassa 4 anos, por crime cometido sem violência e grave ameaça à pessoa, não gera prisão, pois é substituída por penas restritivas em razão da carência de exame adequado do artigo 59 (artigo 44, III).

No caso específico do **julgamento do mensalão,** da **Ação Penal 470,** o STF fez valoração adequada do artigo 59, principalmente do item relativo ao cargo exercido pelos funcionários públicos condenados, o que possibilitou afastar a pena do mínimo legal, de forma proporcional e fundamentada.

O entendimento do STF foi mantido, conforme se observa abaixo:

> Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE CONCUSSÃO. ART. 316 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. POLICIAL CIVIL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. À luz do disposto no art. 59 do Código Penal, é válida a exasperação da pena-base quando, em razão da aferição negativa da culpabilidade, extrai-se maior juízo de reprovabilidade do agente diante da conduta praticada. **2. No crime de concussão, previsto no art. 316 do Código Penal, embora a condição de funcionário público integre o tipo penal, não configura bis in idem a elevação da pena na primeira fase da dosimetria quando, em razão da qualidade funcional ocupada pelo agente, exigir-se-ia dele maior grau de observância dos deveres e obrigações relacionados ao cargo que ocupa.** 3. Tendo em vista a condição de policial civil do agente, "a quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ela exercidas, ligadas, entre outros aspectos, ao controle e à repressão de atos contrários à administração e ao patrimônio público, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos." (RHC 132.657, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, Dje-039). 4. Ordem denegada. (HC 132990, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 16/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 22-06-2017 PUBLIC 23-06-2017).

18.3. Vedação de Duplo Agravamento da Pena pelo Mesmo Fundamento

O ***bis in idem*, em matéria de dosimetria, consiste no duplo agravamento da pena sob o mesmo fundamento**. Desse modo, não pode o julgador valorar duas vezes o mesmo instituto em matéria de dosimetria, ou seja, não pode, por **exemplo**, considerar a exigibilidade de conduta diversa como elemento integrante da culpabilidade na função de elemento do crime e, novamente, sopesar a exigibilidade de conduta diversa na pena-base, na análise da culpabilidade com a função de medida de pena.

Nesse sentido, dispõe a súmula 241 do STJ, no que diz respeito aos antecedentes e à reincidência, vendando o uso de uma só condenação transitada em julgado como agravante e como circunstância judicial negativa.

Se, todavia, o condenado tiver, por **exemplo**, duas condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, que preencham os requisitos da reincidência, o julgador poderá fazer uso de uma delas para efeito de maus antecedentes, considerando a outra para efeito de reincidência.

Importa ressalvar que há casos de previsão legal, com a possibilidade de usar um mesmo instituto em diversos momentos no processo de dosimetria da pena. Isso ocorre com a reincidência e, também, com as circunstâncias judiciais do art. 59.

No que diz respeito ao uso da reincidência (figura como agravante; atua no regime inicial; na substituição de pena privativa por restritiva; no livramento condicional; na progressão de regime de crime hediondo; na prescrição da pretensão executória). Esse uso em diversos momentos já foi reconhecido pelo STF, em repercussão geral, RE 453.000/RS, como característica do processo de concretização do princípio da individualização da pena, afastando a tese de *bis in idem*.

> STF- AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. (RE 453000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013).
> STF- EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE DE PENA E CIRCUNSTÂNCIA A BALIZAR A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E A INCIDÊNCIA DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência da Suprema Corte evoluiu para, novamente, admitir a impetração de habeas corpus em substituição a recurso ordinário constitucional (HC 152.752, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe-127 de

> 27.6.2018). 2. Não configura bis in idem a valoração da reincidência tanto na 2ª fase da dosimetria da pena como para afastar a incidência da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos (3ª fase). Precedente: RHC 121.598, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 21.11.2014. 3. O Plenário desta Suprema Corte, em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, já assentou a constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena (RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.10.2013), entendimento este que produz reflexos em suas repercussões sobre a fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, a incidência de causas de diminuição e outros próprios da individualização da pena. 4. Pedido de destaque de julgamento não acolhido. A Resolução STF n. 587/2016 faculta ao Relator submeter os agravos internos a julgamento em ambiente eletrônico, por meio de sessões virtuais nas Turmas desta Suprema Corte. 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (RHC 141044 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 23-11-2018 PUBLIC 26-11-2018).
> Do mesmo modo, as circunstâncias judiciais do art.59 do Código Penal são utilizadas na fase da pena base, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, na análise dos requisitos da substituição de pena privativa por restritivas de direitos, na continuidade delitiva qualificada.
> STF- [...] 21. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve observar os critérios previstos no art. 59 do Código Penal (art. 33, § 3º, CP). 22. Uma vez reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira fase da dosimetria da pena, é legítima sua invocação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a quantidade de pena admite. Precedentes. [...] (RHC 122870, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 23-11-2016 PUBLIC 24-11-2016).

ATENÇÃO

No que diz respeito ao tráfico de drogas, o STF tem um entendimento, por ora, consolidado de que a quantidade da droga apreendida não pode ser utilizada para majorar a pena base e, ao mesmo tempo, para interferir na redução de pena do § 4º do art.33 da Lei 11.343/06.

> STF [...]- 3. O entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que "configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução)". Situação concreta, contudo, em que não se verifica contrariedade à orientação jurisprudencial do STF na matéria. 4. O STF já decidiu que a "determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o quantum da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º) estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33 § 3º). Sob essa perspectiva, não há ilegalidade na decisão que aumenta a pena-base em decorrência da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e estabelece o regime inicial mais grave, como medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a manutenção da decisão recorrida ainda que por outros fundamentos" (HC 124.250, Rel. Min. Teori Zavascki). Hipótese em que o regime inicial mais severo foi estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida, em especial na quantidade da droga apreendida (190,3g de cocaína e 1,0696kg de maconha). 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 155512 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018).

18.4. Uso de duas ou Mais Qualificadoras e Uso de Duas ou Mais Causas de Aumento Previstas no Mesmo Dispositivo

Quando a sentença aponta duas ou mais qualificadoras, é possível considerar ambas na fase respetiva, ou seja, majorando a pena-base de forma fundamentada, ou, como fazem alguns julgadores, considerando uma circunstância (apontada inicialmente como qualificadora) na 2ª fase, como agravante, se houver previsão legal no rol das agravantes (rol taxativo).

Nesse sentido tem decidido o STJ:

> [...] 5. No tocante às circunstâncias do crime, cumpre ressaltar que "a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para qualificar a conduta, alterando o quantum da pena em abstrato, e as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes previstas na legislação penal, ou, ainda, como circunstância judicial, afastando a pena-base do mínimo legal" (HC 402.851/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/9/2017, DJe 21/9/2017).
> 6. A qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, não utilizada para qualificar o homicídio, torna as circunstâncias do crime desabonadoras ao paciente, pois o fato de a vítima ter sido atingida de surpresa por dois disparos de arma de fogo, um dos quais na cabeça, região da nuca, denota gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de homicídio.
> 7. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, o fato de a esposa da vítima ter passado a receber ameaças depois da prática delitiva, não justifica a majoração da pena-base.
> 8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar o reconhecimento das consequências do crime como circunstância judicial desfavorável, sem reflexos na pena imposta ao paciente. (HC 553.427/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 12/02/2020).

Algo semelhante ocorre no caso de duas ou mais circunstâncias que figuram como causas de aumento de pena, previstas no mesmo tipo penal (exemplo: art. 157, § 2º, incisos II e III). Nesse caso, o juiz pode considerá-las unicamente na terceira fase da dosimetria ou antecipar uma delas na fase a pena-base, do art.59, como circunstância judicial.

Nesse sentido tem decidido o STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA.

> DESLOCAMENTO PARA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO REFERENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA SEM AGRAVAR A SITUAÇÃO DO RÉU. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> "É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes (AgRg no REsp n. 1.551.168/AL, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/3/2016)" (AgRg no REsp 1770649/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/5/2019, DJe 205/2019)". [...] 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1846780/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019).

 ATENÇÃO

Quando as causas de aumento estiverem em dispositivos penais diferentes, a solução será outra, conforme parágrafo único do art. 68 do Código Penal, que será tratado no item sobre a terceira fase da dosimetria.

18.5. Primeira Fase da Aplicação da Pena

A primeira fase da dosimetria, chamada de fase da pena-base ou das circunstâncias judiciais, possui orientação normativa no art. 59 do Código Penal, o qual apresenta oito circunstâncias que serão tratadas logo abaixo no que diz respeito:

- ao conteúdo de cada circunstância;
- ao seu número real (8 ou 7);
- ao valor de cada circunstância;

- necessidade ou não de análise individual de cada circunstância;
- possibilidade ou não de compensação de circunstância judicial negativa com circunstância judicial positiva.

Tudo isso com suporte nos artigos da Lei Penal, na jurisprudência e na doutrina.

18.6. Circunstâncias Judiciais do art. 59 Não São Valoradas Quando Já Caracterizarem Circunstancias Legais Genéricas ou Especiais

É importante não confundir as circunstâncias judiciais com as agravantes e as atenuantes, com as causas de aumento e de diminuição de pena e com as qualificadoras.

Para Ruy Rosado de Aguiar Junior (2013), as circunstâncias judiciais são diferentes das circunstâncias legais genéricas que, por sua vez, são diferentes das circunstâncias legais especiais (causas de aumento; causas de diminuição; qualificadoras).

E, desse modo, se uma única circunstância caracteriza causa de aumento, não deverá ser usada como circunstância judicial ou como agravante, porque a causa de aumento tem preferência. Idêntico raciocínio deve ser feito quando uma circunstância caracteriza agravante, ou seja, não deverá ser usada como circunstancia judicial, porque a agravante, como circunstância legal genérica, prefere a circunstância judicial.

O que foi dito no parágrafo anterior não contraria o raciocínio defendido no item 11.4, quando tratou-se do procedimento de dosimetria de pena, quando a sentença condenatória apontar mais de uma causa de aumento ou mais de uma qualificadora.

18.7. Oito ou Sete Circunstâncias na Primeira Fase da Dosimetria

Há discussão sobre esse tema na doutrina, ou seja, são oito ou sete circunstâncias que deverão ser valoradas na pena-base. Sob o aspecto literal, o art. 59 do Código Penal aponta oito circunstâncias. **A jurisprudência considera oito circunstâncias no art. 59,** enquanto a doutrina se divide sobre o assunto.

Parte da doutrina entende que a culpabilidade (medida de pena) do art. 59 é gênero e que as demais circunstâncias são espécie da culpabilidade, de modo que o julgador deverá valorar na dosimetria da pena somente sete circunstâncias. Outra parcela da doutrina entende que estão presentes oito circunstâncias no art. 59, na fase da pena-base.

Para Guilherme de S. Nucci (2015), a culpabilidade, no art. 59 do Código Penal, constitui o conjunto de todos os demais fatores reunidos, figurando como gênero. Divide o art.59 na pontuação 10, sendo que as circunstâncias subjetivas (antecedentes, motivos e personalidade) terão peso em dobro, valerão 2, enquanto as demais (menos culpabilidade que é gênero), terão peso 1. Afirma que a personalidade é a principal circunstância do art. 59.

Para o referido autor, se as sete circunstâncias forem negativas haverá culpabilidade, medida da pena, no grau máximo, isto é, pena no máximo na primeira fase. Defende a compensação de circunstâncias, positiva x negativa, com igual peso. É contra o termo médio como limite máximo do art. 59 (NUCCI, 2015).

Essa defesa de pontuação do art.59 não encontra amparo na jurisprudência do STJ e do STF.

Para Maurício Kuehne (1995), a pena-base envolve a valoração de oito circunstâncias em um rol taxativo. De forma semelhante, Augusto Schmitt (2008) defende a análise de oito circunstâncias no art. 59 do Código Penal, não compreendendo a culpabilidade como gênero e as demais circunstâncias como espécie.

18.8. Necessidade de Análise Individual de Cada Circunstância

Na dosimetria da pena, o correto é o magistrado fazer a análise individual de cada circunstância do art. 59, na dosimetria de cada condenado, com base na prova constante nos autos e mencionada no texto da sentença condenatória.

Como já decidiu o STF, no sentido de uso de dados empíricos na fundamentação:

> Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. FRAÇÃO PROPORCIONAL E ADEQUADA. CAUSA DE DIMINUI-

> ÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE DIMINUIÇÃO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. **1. A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear**. 2. No caso, o magistrado exasperou a pena-base em decorrência da valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade, com esteio no modus operandi da conduta, dotada de excessiva violência, com destaque para os vários golpes desferidos contra a vítima, que, adormecida, não conseguiu mobilizar qualquer reação a tempo. Fundamentação adequada. 3. A diminuição da pena pela atenuante da confissão em escala adequada à prudente convicção do magistrado não revela arbitrariedade, ilegalidade ou desproporção a justificar qualquer modificação na via estreita do habeas corpus. 4. Indevida a redução da pena no patamar mínimo previsto no homicídio privilegiado sem valoração adequada. 5. Recurso ordinário parcialmente provido. (RHC 130524, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 05-02-2016 PUBLIC 10-02-2016).

Todavia, não raro, aparece decisão casuística que pode confundir os candidatos a concurso público.

> STF [...] 3. A individualização da pena não é violada pelo mero fato de as circunstâncias judiciais de alguns réus serem analisadas conjuntamente. Mera irregularidade técnica, que não acarreta qualquer nulidade passível de declaração na via do habeas corpus. Decisão que encontra pleno respaldo nos autos. 4. Recurso Ordinário conhecido e desprovido. RHC 91190 / MG - MINAS GERAIS RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 29/04/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma.

18.9. Possibilidade ou Não de Compensação na Primeira Fase

Parte da doutrina defende a compensação, mas o STJ, nas últimas decisões, só tem permitido a compensação no caso de comportamento da vítima que contribuiu para o crime. Não tem feito uso das demais circunstâncias para compensar. É como se as demais circunstâncias só pudessem ser neutras ou negativas, jamais positivas.

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CONDUTA SOCIAL VALORADA DE MODO FAVORÁVEL. COMPENSAÇÃO COM A CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. **Em regra, não é possível a compensação entre as circunstâncias judiciais, na primeira fase da dosimetria da pena. A única exceção admitida se refere à compensação da vetorial do comportamento da vítima, que pode ser valorada favoravelmente ao réu, com alguma das outras sete circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.** Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1706409/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe **16/02/2018).**

É certo ainda que, atualmente, a jurisprudência do STJ afirma que uma só circunstância judicial negativa é suficiente para elevar a pena base:

> **STJ [...]** IX - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. **Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto**." (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015). Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no HC 429.695/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 30/08/2018)**.**

18.10. Valor de Cada Circunstância: Doutrina e Jurisprudência

O art. 59 do Código Penal, ao tratar das circunstâncias judiciais, não apontou o valor de cada circunstância, o *quantum* não foi descrito pelo legislador. Diante disso, a parcela da doutrina sugere o patamar de um oitavo; outra parte da doutrina ainda sustenta a possibilidade do termo médio.

Todavia, para a jurisprudência, não há regra matemática no art. 59, exige-se fundamentação, enquanto o *quantum*, por sua vez, faz parte da discricionariedade vinculada, com a escolha ancorada no princípio da proporcionalidade.

> STJ [...] 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016), só podendo ser alterado o quantum de aumento na pena-base quando flagrantemente desproporcional. 2. No caso, o aumento da pena-base em 1/3 não se revela desproporcional diante da elevada quantidade de droga apreendida (600kg de maconha). 3. Apresentado fundamento idôneo para negativa de aplicação da causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, evidenciado na forma de execução do crime, já que houve a divisão de tarefas para o transporte da droga e a participação de mais de um agente, a demonstrar a dedicação do agravante a atividades criminosas, não há que se falar em ilegalidade. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 517.002/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020). (Grifei)

Todavia, em alguns momentos, os próprios julgados do STJ trazem confusão, porque, em alguns casos, afirmam um determinado valor como parâmetro para análise das circunstancias do art. 59:

> STJ [...] 2. Para a jurisprudência deste Superior Tribunal, em relação à dosimetria, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada circunstância negativamente valorada, fração que se consolidou em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ressalvada a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique a necessidade de elevação em patamar superior (AgRg no REsp n. 1.814.988/PR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/12/2019).

> 3. A verificação acerca da suposta violação da plenitude de defesa - sobre a produção de prova testemunhal na presença dos juros - não foi objeto de exame do Tribunal de origem, a implicar indevida supressão de instância.
> 4. Ordem denegada.
> (HC 536.376/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 21/02/2020)

Por outro, para a parcela da doutrina, se todas as circunstâncias forem desfavoráveis, a pena poderá ser fixada no máximo legal na primeira fase, ou seja, **exemplo:** 121, *caput*, reclusão de 6 a 20 anos. Se todas as circunstâncias forem negativas, a pena poderá ser fixada em 20 anos na fase da pena-base.

A jurisprudência do STJ aceita a fixação da pena-base no máximo legal com a fundamentação, inclusive, de uma só circunstância do art. 59 do Código Penal, uma vez que não existe um *quantum* matemático de cada circunstância, sendo suficiente a fundamentação e a proporcionalidade do valor escolhido para elevar a pena base.

> STJ [...] IX - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto." (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015). Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 429.695/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 30/08/2018).

18.11. Significado de cada circunstância do art.59

Cada uma das oito circunstancias do art.59 do Código Penal possui conteúdo específico, que não deve ser confundido com o conceito de outras circunstâncias das demais etapas de dosimetria da pena ou mesmo com circunstâncias da mesma fase.

A **culpabilidade** constitui um juízo de censura de reprovação, possui o sentido de medida de pena no art. 59, no art. 33, § 3º, no art. 44, III. Não possui na dosimetria da pena o sentido de culpabilidade como elemento do crime ou como conceito contrário à responsabilidade penal objetiva (<u>temas que explicamos no capítulo sobre princípios penais e jurisprudência, para o qual remetemos o leitor</u>).

O STJ já considerou a **premeditação do crime** como passível de ser valorado na análise de culpabilidade do art.59:

> STJ [...] 2. É razoável a majoração da pena-base em razão da natureza premeditada das práticas delituosas, a evidenciar a maior culpabilidade do agente. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. [...] (HC 203.367/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 10/10/2013). (Grifei).

A jurisprudência também tem admitido a análise de grau de dolo e de grau de culpa na fase da pena-base, no exame da culpabilidade. Não parece ser adequada essa valoração, uma vez que, no modelo finalista, o dolo e a culpa integram a conduta. E nesse sentido foi construída a Parte Geral do atual Código Penal, reformado em 1984. Portanto, o dolo e a culpa são analisados na fase da fundamentação da sentença, antes da condenação. Portanto, não deveriam interferir novamente na fase da dosimetria da pena, sob o risco de *bis in idem*.

O tema é divergente na doutrina. Nucci (2009) aceita o referido exame de intensidade de dolo e de culpa na análise da personalidade, mas rechaça-o no exame da culpabilidade da pena-base. Schmidt (2008) concorda com o exame de dolo e de culpa (intensidade) na valoração da culpabilidade do art.59.

> STJ [...] 3. Para fins de **individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta**, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso dos autos, a premeditação do crime permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o **dolo intenso** e o maior grau de censura a ense-

> jar resposta penal superior. [...] (HC 553.427/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 12/02/2020).
> STJ [...] 4. Com relação à culpabilidade, o Tribunal de origem asseverou que a violência empregada causou lesões na vítima, o que demonstra concretamente o maior grau de reprovabilidade do comportamento, bem como **a intensidade do dolo**, aspectos que ultrapassam a reprovação inerente ao tipo penal em análise, devendo ter reflexos na fixação da pena. Precedentes. 5. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicialmente fechado, pois, considerada a circunstância judicial desfavorável e fixada a reprimenda em patamar superior superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se adequado o estabelecimento do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, c/c o § 3º, do Código Penal. Precedentes. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 525.257/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 08/11/2019).

Para Nucci (2009), de forma excepcional, a culpabilidade, na função de elemento do crime, pode interferir no processo de dosimetria da pena, gerando uma redução de pena na terceira fase, nos seguintes casos: de semi-imputabilidade no 26, parágrafo único; e no art.21, quando do erro de proibição evitável.

A **conduta social** deve ser compreendida como a forma de como o agente se comporta no meio social no qual está inserido, ou seja, na família, no bairro onde mora, na escola, na fábrica onde trabalha etc. Não é correto valorar o passado criminal do agente em cima do exame de sua conduta social.

Os **antecedentes** dizem respeito ao passado criminal do sentenciado, e deve ser compreendido como mau antecedente o fato criminoso, cometido antes do crime que se examina, cuja condenação transitou em julgado antes da sentença desse novo crime. Difere da reincidência que também exige fato anterior, mas que exige ainda o trânsito em julgado antes do cometimento do novo crime. <u>No item 18.3 do presente material foi explicado sobre o sentido</u>

da súmula 241 do STJ. Os antecedentes correspondem à única circunstância, na fase da pena base, que permite o exame do passado criminal do sentenciado.

Súmula 444 do STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Os motivos, na fase da pena-base, devem ser motivos que não figuram como circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes) ou como causa de aumento ou causa de diminuição de pena. Além disso, como as demais circunstâncias do art. 59, devem ser motivos que não constituem elementares do crime, devem ser motivos que estão fora da narração típica do crime, para evitar o *bis in idem*.

> STJ [...] 1. A valoração negativa dos motivos do crime apresenta razões adequadas, uma vez que o intuito do agente não foi o de simplesmente branquear um proveito financeiro advindo de crime anterior para assim usufruir dos valores. O mote também está no desvirtuamento do processo eleitoral, trazendo obscuridade à vontade livre do eleitor, diante da intenção do paciente em reeleger-se para o cargo que ocupava à época, justificativa que se mostra apta ao aumento procedido. Precedentes. [...] 3. Habeas corpus do qual não se conhece. (HC 518.882/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 21/02/2020).

A **personalidade** deve ser compreendida, segundo a jurisprudência do STJ, da seguinte forma:

> STJ[...] 5. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. No caso, a ex-companheira do réu narrou ter sido agredida durante todo o relacionamento, mesmo quando estava grávida de 4 meses,

> o que demonstra a personalidade violenta do paciente. [...] (HC 550.542/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020).
> STJ [...] 3. A simples afirmação de que o réu possui personalidade voltada para o crime, sem menção a nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidencie especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, não justifica o aumento da pena-base. [...] (AgRg no AREsp 743.772/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018).
> STJ [...] A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. [...] HC 50.331/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 550).

As **circunstâncias** que antecedem as consequências, devem ser analisadas em concreto, como, por exemplo, praticar o crime local ermo. Também servem como espaço para o magistrado antecipar exame de causa de aumento do roubo, nos casos de mais de uma causa de aumento, conforme visto no item 18.4.

As **consequências** do crime podem ser compreendidas como efeitos colaterais gerados pelo fato criminoso cometido pelo agente. Não pode o julgador, nesse momento da dosimetria, repetir consequências já compreendidas nos elementares do crime, sob pena de *bis in idem*.

> STJ [...] 7. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, as lesões corporais causadas a uma das vítimas e a uma das testemunhas excedem ao dano patrimonial próprio ao crime de roubo, constituindo, assim, motivação concreta para a elevação da pena-base.
> 8. "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. " (AgRg no REsp 143.071/AM, Sexta

> Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015).9. Writ não conhecido. (HC 546.839/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020).

O **comportamento da vítima** foi incluído, por influência da vitimologia, na Reforma Penal da Parte Geral do Código de 1984, devendo ser valorado, nessa circunstância, a eventual contribuição da vítima, com o seu comportamento, para a existência do crime. Se isso ficar comprovado, essa vetorial poderá ser utilizada em favor do agente, podendo, conforme já visto acima, ser compensada com uma outra circunstância que fora considerada negativa para o sentenciado.

> STJ [...] 9. O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, tal circunstância deve ser considerada neutra. [...] (HC 544.080/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020).

Quanto ao processo de dosimetria da pena-base, de uma forma mais completa, já decidiu o STJ em uma decisão muito didática:

> STJ [...] 3. A valoração da **culpabilidade** por ocasião da dosimetria da pena-base (CP, art. 59) é afinada com a individualização da pena, representando o grau de censura pessoal do réu na prática da conduta, ou seja, trata-se da mensuração de reprovabilidade. No caso, o fato de a conduta criminosa ter sido realizada em concurso de pessoas e a destruição do corpo de delito por fogo revelam a intensidade do dolo dos agentes e a maior reprovabilidade da conduta.
> 4. Quanto à **personalidade** dos pacientes, as instâncias ordinárias, com base na persuasão racional acerca dos elementos de prova dos autos, concluíram que **os réus agiram com extrema frieza, com intenso uso de violência, meio ao consumo de álcool e drogas. Trata-se de fundamentação suficiente para justificar aumento da pena-base**. Ademais,

alterar a conclusão supra implicaria inevitavelmente revolvimento fático-probatório, inviável nesta via sumária do habeas corpus.

5. De acordo com os elementos constantes nos autos, a **circunstâncias do crime são extremamente negativas**, seja pelo fato de terem os agentes **se aproveitado do estado de embriaguez da vítima, seja pelo incalculável sofrimento a ela imposto, pois foi queimada ainda viva**. Portanto, no caso em tela, o aumento da pena-base, sob o título de circunstâncias do crime, é corolário do princípio da individualização da pena.

6. As consequências **do crime** foram fundamentadas na situação a que restaram submetidos os familiares da vítima, diante do contexto da morte. Há evidente *bis in idem*, haja vista que as a crueldade e desproporcionalidade do crime foram valoradas em outras circunstâncias judiciais. Portanto, os efeitos psicológicos gerados nos parentes da vítima pela execução do crime não podem ser considerados novamente para prejudicar o réu.

7. Há três circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. **Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo**) para cada circunstância desfavorável, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de homicídio qualificado (18 anos), resultaria no acréscimo de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Percebe-se, pois, que a dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias inferiores mostrou-se benevolente com os réus, ao fixá-las em 18 (dezoito) anos e 3 (três) meses e 18 (dezoito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, respectivamente, para o primeiro e o segundo paciente. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, em respeito à regra non reformatio in pejus.

8. **Conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes** de caráter subjetivo e também em relação às de caráter objetivo, como a do meio cruel. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas igualmente prepon-

derantes, decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, e, a fortiori, em relação às circunstâncias objetivas.
9. A aplicação de circunstâncias **atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto**) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação. Ressalte-se que as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica. Precedentes.
10. *In concreto*, a menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a agravante objetiva do meio cruel, sendo proporcional e equânime a atenuação de 1/12 (um doze avos) desse concurso. Essa fração, resultante da preponderância das atenuantes dentro do concurso de circunstâncias na segunda etapa da dosimetria, incidirá sobre a pena-base dosada para o primeiro paciente em 18 (dezoito) anos e 3 (três) meses, pois superior ao intervalo de pena em abstrato do crime de homicídio qualificado (18 anos). Nesse diapasão, o atenuação da pena-base consiste em 1 (um) ano e 6 (seis) meses e 7 (sete) dias, culminado, pois, na pena intermediária de 16 (dezesseis) anos 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, não nos 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão determinados pelo Tribunal a quo e pelo juízo sentenciante. Diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torna-se definitiva a pena intermediária do primeiro paciente em 16 (dezesseis) anos 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão.
11. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena definitiva do paciente Anderson Belinski Ribeiro para 16 (dezesseis) anos 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mantendo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. (HC 325.306/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 12/12/2016).

18.12. Segunda Fase da Aplicação da Pena

A segunda fase da dosimetria da pena (CP, 1940), denominada de fase da pena provisória, corresponde ao momento de exame das circunstâncias agravantes e das circunstâncias atenuantes.

O rol das agravantes é taxativo, ou seja, o julgador não poderá fazer uma interpretação supralegal para extrair uma agravante não prevista em lei. Ao revés, o rol das atenuantes é exemplificativo, uma vez que poderá o julgador concluir pela existência de atenuante não prevista em lei, fazendo uso do art. 66 do Código Penal, chamado de atenuante inominada. Um **exemplo de atenuante inominada é a coculpabilidade, conforme que já foi cobrado em alguns concursos**. Sobre o tema, vale a leitura do material sobre temas de política criminal.

O Código Penal **não trouxe um** valor expresso para ser utilizado pelo julgador como agravante ou como atenuante. Desse modo, a doutrina e a jurisprudência discutem o tema. Há um certo consenso, sem vinculação, de que o patamar de um sexto deve ser o valor máximo de uma agravante ou de uma atenuante, de modo que a segunda fase não seja superior à terceira no processo escalonado da dosimetria da pena.

Isso porque o menor valor de causa de aumento ou de uma causa de diminuição é de um sexto, logo o maior valor de uma agravante de uma atenuante seria de um sexto. Todavia, tal raciocínio jurídico não impede uma solução diferente na segunda fase da dosimetria.

Frisa-se que que patamar de valoração, na segunda fase da dosimetria, incide sempre sobre o resultado obtido na primeira fase, sem realização do procedimento em cascata, sem fazer a operação de juros sob juros, a qual somente ocorre na terceira fase de aplicação da pena, no momento do exame de causas de aumento e de causa de diminuição.

ATENÇÃO

Para quem vai fazer concurso público, o ideal, principalmente em uma sentença condenatória, na segunda fase da dosimetria, é trabalhar com uma valoração próxima a um sexto ou de um sexto.

> STJ [...] III **- A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto)** para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, e não pela incidência de circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal.
> IV – Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.
> V – Não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, como ocorreu no presente caso.
> Habeas Corpus não conhecido.
> (HC 487.538/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 21/05/2019).

É importante ainda ressaltar que a atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal, nem a agravante pode ultrapassar o máximo de pena previsto no preceito abstrato. A súmula 231 do STJ dispõe: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Parte da doutrina se insurge contra a referida súmula, em razão da expressão contida no art. 65 do Código Penal, o qual dispõe que a atenuante sempre reduz a pena. Entretanto, a orientação jurisprudencial, tanto do STJ (com súmula), quanto do STF, é no sentido de que

a atenuante não reduz a pena abaixo do mínimo legal, como também a agravante não ultrapassa o máximo.

É importante ainda mencionar que é possível a compensação de circunstâncias na segunda fase da dosimetria, ou seja, uma agravante pode ser compensada com uma atenuante. Não se admite a compensação de circunstância preponderante (possui maior valor, art. 67 do Código Penal) com circunstância não preponderante.

Para o STJ, a confissão espontânea é uma circunstância preponderante por envolver a personalidade do sentenciado, de modo que pode ser compensada com a reincidência. Esse não é o entendimento do STF. O STJ não admite compensação da confissão espontânea com a reincidência no caso de multirreincidência.

O STJ, ainda, entende que a **confissão parcial ou qualificada** deve gerar a atenuação da pena, ou seja, se o magistrado usa a confissão do acusado como um dos argumentos da etapa da fundamentação da sentença condenatória, necessariamente a confissão figurará como atenuante. O referido entendimento, hoje, após consolidação da jurisprudência, está presente na súmula 545 do STJ: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal".

Condenação transitada em julgado pelo art. 28 da Lei 11.343/06 não serve como parâmetro para caracterizar reincidência no cometimento posterior do tráfico de drogas, segundo o STJ:

> STJ [...] 2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.
> 3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do

> direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.
> 4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.
> 5. Recurso improvido.
> (REsp 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).
> STJ [...] 3. As Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, têm decido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 535.785/DF, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/12/2019). Afastada a agravante da reincidência. Precedentes. [...] (AgRg no HC 453.727/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020).

18.13. Terceira Fase da Aplicação da Pena

Na terceira fase da dosimetria da pena, ocorre a análise das causas de aumento e das causas de diminuição de pena, as quais costumam se apresentar em rol fracionado (1/3, 16 a 2/3, 1/3 a 1/2 etc.), devendo ser sempre consideradas em cascata, quando o julgador estiver diante de mais de causa de aumento ou diante de mais de uma causa de diminuição para serem aplicadas.

As causas de aumento de pena são diferentes das qualificadoras. As primeiras incidem na terceira fase de dosimetria da pena, enquanto as qualificadoras alteram o mínimo e o máximo a partir da pena-base. Por isso, não há impedimento à existência de crime qualificado e majorado.

EXEMPLOS: homicídio qualificado pelo meio cruel e com causa de aumento por ter sido praticado contra vítima menor de 14 anos (art. 121, § 4º, última parte); furto cometido durante o repouso noturno (causa de aumento) e com rompimento de obstáculo (qualificadora), nos termos do art. 155, §§ 1º e 4º, I, conforme orientação STJ, desde o fim do ano de 2014.

Outros pontos sobre a terceira fase da dosimetria da pena foram também vistos no item 18.4, para o qual remetemos o leitor.

18.14. Regime Inicial

O regime inicial de início de cumprimento da pena deve ser fixado com obediência aos parâmetros do art. 33, § 2º, a, b, c e § 3º, bem como os entendimentos sumulados nas súmulas 718 e 719 do STF, 269 e 440 do STJ.

Alguns fatores são considerados no regime inicial, ou seja: reclusão ou detenção; quantidade de pena; reincidência; e circunstâncias judiciais. Isso vale para crimes hediondos, equiparados a hediondos e não hediondos, uma vez que o STF já declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado (HC 82959) e do regime inicial fechado automático (INFO 672, HC 111840/ES).

> STF [...] 4. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o *quantum* da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º) estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33 § 3º). Sob essa perspectiva, não há ilegalidade na decisão que aumenta a pena-base em decorrência da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e estabelece o regime inicial mais grave, como medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. 5. Mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a manutenção da decisão recorrida ainda que por outros fundamentos. No particular, o Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao agravo em recurso especial e manter o regime inicial mais gravoso, levou em consideração os parâmetros de individualização da reprimenda com base em substrato fático contido na acusação e citado na própria sentença condenatória. Desse modo, não há falar em *reformatio in pejus*. 6. Habeas corpus denegado. (HC 124250, Relator(a):

> Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 17-12-2014 PUBLIC 18-12-2014).

Nas questões abaixo, fizemos outros comentários sobre o regime inicial, bem como no material sobre princípios, quando analisamos o princípio da individualização da pena.

EXERCÍCIOS

Questão 1 (JUIZ - SC/2019) Em cada uma das opções a seguir, é apresentada uma situação hipotética seguida de uma assertiva a ser julgada, a respeito da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos.

a) Antônio, com anterior condenação transitada em julgado pelo delito de dano ao patrimônio público, foi processado e condenado à pena privativa de liberdade de um ano e dois meses de reclusão pelo cometimento do delito de receptação. Nessa situação, em razão da reincidência criminal em crime doloso, não é cabível a substituição da pena corporal imposta a Antônio por pena restritiva de direitos.

b) Manoel foi processado e condenado pela prática de violência física, de ameaça e de lesão corporal em contexto de violência doméstica contra a mulher, tendo-lhe sido impostas as penas privativas de liberdade de quinze dias de prisão simples e de três meses e um mês de detenção, em regime aberto. Nessa situação, somente é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação à contravenção de violência física.

c) Pedro, réu primário, foi processado e condenado pela prática de delito de roubo simples na modalidade tentada, tendo-lhe sido imposta pena privativa de liberdade de dois anos e oito meses de reclusão, em regime aberto. Nessa situação, a pena privativa de liberdade imposta a Pedro poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos.

d) Alberto, réu primário e em circunstâncias judiciais favoráveis, praticou crime de homicídio culposo qualificado ao conduzir, embriagado, veículo automotor. Em razão dessa conduta, ele foi processado e condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de cinco anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto. Nessa hipótese, o *quantum* de pena fixado não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

e) João foi processado e condenado à pena privativa de liberdade de um ano e oito meses de reclusão, em regime aberto, pela prática de delito de tráfico de drogas na forma privilegiada. Nessa hipótese, haja vista a condenação por delito equiparável a hediondo, não é admitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Questão 2 (JUIZ - SC/ 2017) Sobre a suspensão condicional da pena, é correto afirmar:

a) Nos crimes previstos na lei ambiental n. 9.605/98, a suspensão poderá ser aplicada em condenação a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos.

b) No primeiro ano do prazo, deverá o condenado cumprir uma das penas alternativas previstas no artigo 44 do Código Penal.

c) A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de sessenta anos de idade.

d) É causa de revogação obrigatória a condenação por crime doloso e culposo.

e) É causa de revogação obrigatória a frustração da execução de pena de multa, embora solvente.

Questão 3 (JUIZ - BA/2019) O benefício da suspensão condicional da pena — sursis penal —

a) pode ser concedido a condenado a pena privativa de liberdade, desde que esta não seja superior a quatro anos e que aquele não seja reincidente em crime doloso.

b) é cabível nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça, desde que a pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a dois anos.

c) pode estender-se às penas restritivas de direitos e à de multa, casos em que se suspenderá, também, a execução dessas penas.

d) deverá ser, obrigatoriamente, revogado no caso da superveniência de sentença condenatória irrecorrível por crime doloso, culposo ou contravenção contra o beneficiário.

e) impõe que, após o cumprimento das condições impostas ao beneficiário, seja proferida sentença para declarar a extinção da punibilidade do agente.

Questão 4 (JUIZ - BA/2019) À luz do entendimento jurisprudencial do STF, assinale a opção correta, acerca do delito de tráfico privilegiado, previsto na Lei n. 11.343/2006.

a) Trata-se de crime inafiançável e insuscetível de graça, anistia e indulto.

b) O condenado pela prática de tráfico privilegiado deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

c) A progressão de regime prisional do réu condenado pelo crime em apreço somente será admitida mediante a realização de exame criminológico.

d) O condenado pela prática do crime de tráfico privilegiado poderá alcançar a progressão de regime prisional depois de ter cumprido pelo menos um sexto da pena no regime anterior, se ostentar bom comportamento carcerário.

e) O livramento condicional somente será concedido aos condenados pelo crime em apreço que tenham cumprido mais de dois terços da pena, exceto aqueles reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados.

Questão 5 (PROMOTOR DE JUSTIÇA-MPMT/2019) Segundo o entendimento dos tribunais superiores acerca da cominação, aplicação e individualização das penas,

a) as circunstâncias agravantes genéricas não se aplicam aos crimes culposos, com exceção da reincidência.

b) a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

c) condenações transitadas em julgado constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade do agente, se prestando para fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime.

d) na dosimetria da pena, as condenações por fatos posteriores ao crime em julgamento podem ser utilizadas como fundamento para valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do réu.

e) a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido, segundo a pena aplicada.

Questão 6 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPPR/2016) Em tema de fixação da pena-base, assinale a alternativa incorreta:

a) Leva-se em consideração os antecedentes criminais do agente, que, em razão da aplicação do princípio da inocência, são considerados apenas as condenações por crimes a penas privativas de liberdade, posteriores ao fato que está sendo julgado;

b) Leva-se em consideração a culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta do agente;

c) Leva-se em consideração a conduta social, que se refere ao histórico da vida social do condenado;

d) Leva-se em consideração as consequências do crime, sempre excluindo-se aquelas que são as próprias de cada delito;

Questão 7 (JUIZ - DF/2016) À luz da jurisprudência sumulada do STJ, assinale a opção correta referente à aplicação da pena.

a) Em decorrência do princípio da individualização da pena, é possível aplicar a majorante do roubo ao delito de furto qualificado pelo concurso de agentes, desde que essa ação seja fundamentada nas circunstâncias do caso concreto.

b) Ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, é admissível a fixação de regime prisional mais gravoso que o cabível, em razão da sanção imposta, com fundamento na gravidade concreta ou abstrata do delito.

c) Embora seja vedada a utilização de inquéritos policiais em andamento para aumentar a pena-base, é possível a utilização de ações penais em curso para requerer o aumento da referida pena.

d) É inadmissível a fixação de pena restritiva de direitos substitutiva da pena privativa de liberdade como condição judicial especial ao regime aberto.

e) O número de majorantes referentes ao delito de roubo circunstanciado pode ser utilizado como critério para a exasperação da fração incidente pela causa de aumento da pena.

Questão 8 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPDFT/2015) Sobre a aplicação da sanção penal e os efeitos da condenação penal, assinale a opção CORRETA:

a) A retratação, em juízo, da anterior confissão na fase de investigação, obsta a aplicação da atenuante da confissão espontânea, a não ser que a confissão retratada venha a ser considerada na fundamentação da sentença.

b) A perda de cargo público, nos casos em que for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, em caso de homicídio, é um efeito automático da sentença condenatória, não havendo necessidade de declaração motivada do juiz na sentença.
c) O tempo de duração da medida de segurança, por não se tratar de pena criminal, pode ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.
d) O agente que pratica contravenção penal, sendo condenado com trânsito em julgado, e depois pratica crime, sendo novamente condenado com trânsito em julgado, é reincidente.
e) O receptador de aparelhos de televisão que carrega sistematicamente o produto do crime em seu veículo, licitamente adquirido, pode perder referido instrumento em favor da União, como efeito da condenação penal.

Questão 9 (DEFENSOR PÚBLICO - BA/2016) Sobre a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, é correto afirmar que:
a) em virtude do princípio da individualização da pena, a primeira fase de aplicação da pena não pode influenciar na determinação do regime.
b) a pena de detenção deve ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, salvo caso de reincidência.
c) segundo a jurisprudência dominante do STJ, a reincidência impede o cumprimento de pena em regime semiaberto, independentemente da quantidade de pena e das circunstâncias judiciais.
d) em caso de condenação por crime de extorsão mediante sequestro consumado, é possível a aplicação do regime semiaberto.
e) por ser cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa, a condenação por roubo consumado impede a aplicação do regime aberto.

Questão 10 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPMS/2015) Assinale a alternativa correta:
a) A culpabilidade prevista como circunstância judicial (Código Penal, art. 59), mensurável na fixação da pena-base, deve ser entendida como pressuposto da pena.

b) É possível a aplicação da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

c) Em relação à pena de multa, não se aplica a redução de metade dos prazos prescricionais quando o condenado for menor de vinte e um anos de idade ao tempo do crime ou maior de setenta anos de idade na data da sentença.

d) Aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos, se forem favoráveis às circunstâncias judiciais, o juiz pode aplicar o regime semiaberto, ainda que a reincidência seja em crime específico.

e) Tratando-se de crime apenado com detenção, exige-se motivação idônea do julgado para impor ao condenado o regime fechado para iniciar o cumprimento da pena.

Questão 11 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPMS/2015) Analise as proposições abaixo acerca da fixação da pena:

I – Os crimes militares próprios e os crimes políticos não são considerados para efeito de reincidência.

II – O aumento decorrente do crime continuado incide sobre a pena majorada pela causa especial de aumento de pena ou de circunstância qualificadora.

III – Possuindo o réu duas condenações capazes de gerar reincidência, uma servirá de circunstância judicial e outra de agravante.

IV – O reconhecimento da atenuante da menoridade implica na redução da pena após a majoração decorrente do concurso formal.

Assinale a alternativa correta:

a) Todas as proposições estão corretas;

b) Somente as proposições I, III e IV estão corretas;

c) Somente as proposições II e IV estão corretas;

d) Somente as proposições I e II estão corretas;

e) Somente as proposições I, II e III estão corretas;

Questão 12 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPMS/2015) Em relação ao instituto da medida de segurança, é correto afirmar que:

a) para sua aplicação, é considerada a totalidade dos pressupostos jurídico-penais utilizados para a aplicação de uma pena.

b) não pode ser executada por prazo superior a trinta anos.

c) por não se configurar espécie de sanção penal, a medida de segurança não se submete às causas extintivas da punibilidade.

d) a desinternação do agente submetido à medida de segurança será sempre definitiva, extinguindo-se a medida de segurança, sendo precedida de laudo que ateste a cessação da periculosidade.

e) é aplicada por tempo indeterminado, especificando-se na sentença o prazo mínimo de sua duração, proibindo-se a realização do exame de cessação da periculosidade antes do decurso do prazo mínimo de internação.

Questão 13 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPGO/2016) No que se refere à sistemática do Código Penal, quanto às agravantes, atenuantes, majorantes, minorantes e qualificadoras, é correto afirmar:

a) As majorantes e minorantes, também conhecidas como causas de aumento e de diminuição de pena, são encontradiças em nosso Código Penal, tanto na parte geral, quanto na parte especial, especificando o *quantum* do aumento ou da diminuição da pena em frações, dobro ou triplo, por exemplo. São aplicadas na terceira e última fase da Sentença Penal Condenatória. As agravantes e atenuantes somente são encontradas em nosso Código Penal na parte geral e não dizem o *quantum* irão agravar ou atenuar a pena do autor delituoso, ficando a critério do juiz. Este poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As agravantes e atenuantes são aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena. Já as qualificadoras somente são encontradas na parte especial do Código Penal, constituindo-se em um verdadeiro tipo qualificado, que piora a situação do autor do delito, possuindo um novo mínimo e um novo máximo da pena em abstrato mais gravoso em relação ao tipo fundamental ou básico. Situa-se na primeira fase da dosimetria da pena.

b) As majorantes e minorantes, também conhecidas como causas de aumento e de diminuição de pena, são encontradiças em nosso Código Penal, somente na Parte Geral, especificando o *quantum* do aumento ou diminuição da pena em frações, dobro ou triplo, por exemplo. São aplicadas na segunda fase da Sentença Penal Condenatória. As agravantes e atenuantes são encontradas em nosso Código Penal, tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, e não dizem o *quantum* irão agravar ou atenuar a pena do autor delituoso, ficando a critério do juiz. Este não poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As agravantes e atenuantes são aplicadas na terceira fase da dosimetria da pena. Já as qualificadoras somente são encontradas na parte especial do Código Penal, constituindo-se em um verdadeiro tipo qualificado, que piora a situação do autor do delito, possuindo um novo mínimo e um novo máximo da pena em abstrato mais gravoso em relação ao tipo fundamental. Situa-se na primeira fase da dosimetria da pena.

c) As majorantes e minorantes, também conhecidas como causas de aumento e de diminuição de pena, são encontradiças em nosso Código Penal, tanto na parte geral, quanto na parte especial, especificando o *quantum* do aumento ou da diminuição da pena em frações, dobro ou triplo, por exemplo. São aplicadas na terceira fase da Sentença Penal Condenatória. O juiz poderá reconhecer a existência de minorantes inominadas. As agravantes e atenuantes são encontradas em nosso Código Penal, somente na parte geral, do Código Penal e não dizem o *quantum* irão agravar ou atenuar a pena do autor delituoso, ficando a critério do juiz. Este não poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As agravantes e atenuantes são aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena. Já as qualificadoras são encontradas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, constituindo-se em um verdadeiro tipo qualificado, que piora a situação do autor do delito possuindo um novo mínimo e um novo máximo da pena em abstrato mais gravoso em relação ao tipo fundamental. Situa-se na primeira fase da dosimetria da pena.

d) As causas de aumento e de diminuição de pena são aplicadas na terceira fase da sentença penal condenatória e não podem ultrapassar o máximo da pena ou ir aquém do mínimo legal da pena prevista em abstrato no tipo penal; já as agravantes podem elevar a pena acima do máximo e as atenuantes aquém do mínimo legal da pena em abstrato prevista no tipo, vez

que se situa na segunda fase da sentença. As majorantes e minorantes se encontram tanto na parte geral quanto na parte especial e expressamente dizem o *quantum* do aumento ou da diminuição da pena, ao contrário das agravantes e atenuantes que se encontram apenas na parte geral do Código Penal e são aferidas pelo juiz na segunda fase da sentença. O juiz poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As qualificadoras, que se encontram somente na parte especial e que são avaliadas na primeira fase da sentença penal condenatória, permitem que sobre elas incidam as causas de aumento e de diminuição de pena, agravantes e atenuantes.

Questão 14 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPPR/2016) Considerando o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores, analise as assertivas abaixo e indique a alternativa:

I – A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

II – Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.

III – É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

IV – Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

a) Todas as assertivas estão corretas;
b) Apenas as assertivas I e III estão incorretas;
c) Apenas as assertivas I, II e IV estão corretas;
d) Apenas a assertiva II está incorreta;
e) Apenas as assertivas I e III estão corretas.

Questão 15 (PROCURADOR DA REPÚBLICA/2012) Relativamente à pena privativa de liberdade, é correto afirmar que:

a) O Código Penal adota o sistema progressivo de cumprimento de pena, havendo, para o sexo masculino, três regimes principais: fechado, semiaberto e aberto. É admissível a progressão do regime fechado para o aberto. Para o sexo feminino, o Código Penal prevê um regime especial em estabelecimento próprio. Para os crimes em geral, a progressão se dá com o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior e a ostentação de bom comportamento carcerário.

b) A disciplina penal consiste no dever do preso em colaborar com a ordem, obedecer às determinações das autoridades e de seus agentes, bem como desempenhar trabalho prisional. A prática de fato definido como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou da disciplina interna, sujeita o preso, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, a ser aplicado por ato motivado do diretor do estabelecimento ou por outra autoridade administrativa.

c) A jurisprudência, em geral, veda aos presos estrangeiros os direitos a progressão de regime e ao livramento condicional, fundamentando-se, em geral, nos efeitos penais do decreto de expulsão, na presunção de fuga do apenado estrangeiro ou na proibição de obtenção de emprego formal, conforme regra contida no Estatuto do Estrangeiro. Contudo, decisões mais recentes do STF e do STJ têm mitigado essa vedação, admitindo tanto a progressão como o livramento condicional para os estrangeiros encarcerados.

d) O exame criminológico é espécie do gênero exame da personalidade, que tem por objeto aferir eventual propensão do apenado para a perpetração de novos fatos delituosos. A nova redação do art. 112, da Lei de Execução Penal, trazida pela Lei n. 10.792/2003, suprimiu a necessidade de exame criminológico para fins de progressão de regime e, por extensão, para o livramento condicional. Contudo, a Súmula Vinculante n. 26, do STF, tornou obrigatória a realização de exame criminológico para os condenados por crime hediondo ou equiparado.

Questão 16 (DEFENSOR PÚBLICO-MS/2008) Com relação à pena de multa, considere as seguintes assertivas e assinale a alternativa que corresponde ao texto do Código Penal.

I – Na hipótese de concurso de crimes, sua aplicação segue as regras do concurso formal, concurso material e crime continuado.

II – A situação econômica do réu é critério para sua fixação.

III – Sua prescrição dar-se-á em 2 (dois) anos, quando for a única cominada ou aplicada.

a) Todas são erradas.
b) Apenas II é correta.
c) Apenas III é errada.
d) Apenas I é errada.

Questão 17 (JUIZ - SP/2017) Na aplicação da pena,

a) é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, configurando-se, porém, a má antecedência se o acusado ostentar condenação por crime anterior, transitada em julgado após o novo fato.
b) a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, a não ser que utilizada a confissão para a formação do convencimento do julgador, hipótese em que o réu fará jus à diminuição, ainda que aquém do piso.
c) o desconhecimento da lei constitui circunstância atenuante, podendo ainda a pena ser atenuada em razão de fato relevante, embora não previsto em lei, desde que necessariamente anterior ao crime.
d) a reincidência não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial, não prevalecendo a condenação anterior, contudo, se entre a data do trânsito em julgado para a acusação da condenação anterior e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos.

Questão 18 (PROCURADO DO ESTADO DA BAHIA/2014) No que diz respeito aos diversos institutos previstos na parte geral do Código Penal, julgue os itens seguintes.
Considere que determinado indivíduo condenado definitivamente pela prática de determinado delito tenha obtido a extinção da punibilidade por meio de anistia e que, um ano depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, tenha cometido novo delito. Nessa situação, esse indivíduo é considerado reincidente, estando, pois, sujeito aos efeitos da reincidência.

Questão 19 (DELEGADO DE POLÍCIA - MS/2017) Ricardo foi preso em flagrante por crime de estelionato, em fevereiro de 2005, em Corumbá-MS, sendo definitivamente condenado,

dois meses depois, à pena de reclusão de dois anos. Cumprida a condenação, resolveu ir ao Paraguai visando a novas oportunidades. Porém, desempregado, voltou a delinquir em solo estrangeiro, sendo condenado no mês de setembro de 2008 à pena de três anos por crime de roubo. Em janeiro de 2009, enquanto aguardava em liberdade o julgamento de seu recurso, fugiu para a cidade de Ponta Porã - MS, fixando residência. Nesta cidade, trabalhou como garçom no "Bar da Cana" até março de 2012, quando foi preso pela Polícia Militar por utilizar o local como ponto de venda de drogas. Na sentença pelo crime de tráfico de drogas (artigo 33, da Lei n. 11.343/2006), o julgador agravou a pena de Ricardo por considerá-lo reincidente. Quanto à decisão, assinale a alternativa correta.

a) O sentenciante se equivocou ao considerar o réu reincidente, pois, quanto ao primeiro crime, ignorou o período de detração penal.

b) O sentenciante agravou corretamente a pena, pois o prazo de cessação da reincidência ocorre apenas cinco anos após o cumprimento da pena e, neste caso, sucederia no mês de abril de 2012.

c) O sentenciante se equivocou, pois, para fins de reincidência, não se considera uma infração anterior quando praticada fora do território nacional.

d) O sentenciante sopesou corretamente a agravante, pois entre as datas de prática do segundo e do terceiro crimes, não decorreu um período de tempo superior a cinco anos.

e) O sentenciante se equivocou quanto à reincidência, pois, entre as datas de prática do primeiro e do último crime, decorreu período de tempo superior a cinco anos.

Questão 20 (DEFENSOR PÚBLICO - PE/2018) Assinale a opção correta, a respeito das regras do regime fechado de cumprimento das penas privativas de liberdade previstas na legislação vigente.

a) Em regra, o condenado a pena privativa de liberdade superior a quatro anos iniciará o seu cumprimento no regime fechado.

b) A pena de reclusão deve ser cumprida exclusivamente em regime fechado.c) A execução da pena em regime fechado deverá ocorrer exclusivamente em estabelecimento de segurança máxima.

d) O condenado que cumpre pena no regime fechado pode ser autorizado a realizar trabalho externo em serviços ou obras públicas.

e) O condenado que cumpre a pena no regime fechado deve ficar isolado durante o repouso noturno e, durante o dia, deve trabalhar em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

Questão 21 (DELEGADO DE POLÍCIA - MS/2017) No que diz respeito ao sistema de aplicação da pena, assinale a alternativa correta.

a) No caso de condenado reincidente em crime doloso, porém com as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal inteiramente favoráveis, a pena-base pode ser aplicada no mínimo legal.

b) A qualificadora da torpeza no crime de homicídio (CP, artigo 121, § 2º, inciso I) determina a majoração do *quantum* de pena privativa de liberdade na terceira fase da dosimetria.

c) O início do cumprimento de pena privativa por condenação pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (artigo 302 da Lei n. 9.503/1997) sempre será no regime fechado em razão da gravidade da conduta em relação ao bem jurídico protegido penalmente.

d) Sendo as circunstâncias judiciais favoráveis, admite-se a fixação do regime inicial aberto para o condenado reincidente, quando a pena fixada na sentença é igual ou inferior a quatro anos.

e) Na sentença condenatória por crime de estelionato (CP, artigo 171, *caput*), a pena aplicada em um ano de prisão pode ser substituída por duas penas restritivas de direitos, desde que presentes os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

Questão 22 (DEFENSORIA DE ALAGOAS/2017) Quanto às circunstâncias agravantes e às atenuantes, assinale a opção correta.

a) Constitui atenuante genérica o erro sobre a ilicitude do fato, embora o desconhecimento da lei seja inescusável.

b) Inexiste, nas agravantes e atenuantes genéricas, previsão legal taxativa acerca do *quantum* a ser aplicado, cabendo ao juiz defini-lo.

c) As circunstâncias agravantes incidem apenas sobre os crimes dolosos.

d) A circunstância atenuante referente à senilidade é definida pelo Estatuto do Idoso.

e) A clemência incide em circunstâncias anteriores à prática do crime, nas hipóteses previstas expressamente no CP.

Questão 23 (DEFENSORIA PÚBLICA DE PERNAMBUCO/2018) A respeito da progressão de regime para o cumprimento de pena, assinale a opção correta de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores.

a) O estrangeiro que estiver em situação irregular no país e que estiver preso estará impedido de obter a progressão de regime.

b) O juízo da execução penal deverá negar o pedido de progressão do regime fechado diretamente para o aberto: no ordenamento jurídico pátrio não se admite salto na progressão.

c) A base de cálculo para a progressão de regime dos presos condenados a mais de trinta anos por diversos crimes fica limitada ao tempo máximo de cumprimento de pena disposto na lei penal, isto é, a trinta anos.

d) O juízo da execução penal decidirá quanto à progressão de regime a partir da conclusão do exame criminológico, que deve ser obrigatoriamente realizado.

e) O cometimento de falta grave não motiva a interrupção do prazo para a progressão de regime.

Questão 24 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPDFT/2005) Marque a opção correta a respeito da aplicação da sanção penal:

a) As causas de aumento e diminuição de pena estabelecem novos limites mínimo e máximo a partir dos quais o juiz deverá fixar a pena-base.

b) Conforme orientação jurisprudencial majoritária, no concurso de atenuantes e agravantes, deve a reincidência preponderar sobre todas as demais circunstâncias.

c) Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica com desígnios autônomos dois ou mais crimes, deve o juiz aplicar a mais grave das penas cominadas, ou uma delas, se iguais, aumentada, em qualquer caso, dentro dos limites máximo e mínimo previstos na lei.

d) Havendo concurso de majorantes ou minorantes previstas na parte especial do Código Penal, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, devendo prevalecer, contudo, a que mais aumente ou diminua a pena.

e) A fixação da pena de multa, segundo a orientação dos tribunais superiores, deve considerar na última fase todas as majorantes e minorantes, exceção feita àquelas que regulam o concurso de crimes.

Questão 25 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPDFT/2008) Analise os itens e assinale a quantidade de itens errados.

I – Em matéria de pena, aplica-se o concurso material no caso de dois ou mais crimes praticados mediante uma só conduta.

II – O crime continuado tem por requisitos cumulativos a pluralidade de agentes e de condutas, a pluralidade de crimes da mesma espécie e a prática dos mesmos em circunstâncias semelhantes.

III – As circunstâncias judiciais a serem observadas na fixação da pena são previstas na parte geral do Código Penal, já as circunstâncias legais podem ser encontradas tanto na parte geral quanto na parte especial.

IV – A pena de reclusão terá o seu regime inicial de cumprimento fixado no regime fechado ou semiaberto, vedado o regime inicial aberto, aplicável nesta fase inicial somente à pena de detenção.

V – As condições pessoais do apenado influem na fixação da pena, mas não devem influir na fixação do seu regime de cumprimento.

a) Um.
b) Dois.
c) Três.
d) Quatro.
e) Cinco.

Questão 26 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPGO/2016) O juiz, ao condenar o agente delituoso pela prática de um crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP), fixou a pena no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão, após análise das circunstâncias judiciais que foram todas favoráveis ao acusado, se tratando de réu primário, possuindo endereço certo e trabalho

lícito. Ao fixar o regime prisional, o Magistrado determinou o cumprimento da pena em regime inicial fechado, fundamentando sua decisão na gravidade do crime de roubo, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o que demonstra a periculosidade do agente. A defesa recorreu da sentença, somente se opondo quanto ao regime prisional estabelecido na sentença penal condenatória, requerendo a fixação do regime aberto. Os autos foram enviados com vista ao Ministério Público para ofertar suas contrarrazões. O órgão de primeiro grau deverá se manifestar, posicionando-se, no sentido de que:

a) Veda-se o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito, nos termos do entendimento sumulado tanto pelo STJ quanto pelo STF.

b) É permitido o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, com base na gravidade do delito, notoriamente quando atinge bens individuais indisponíveis e que são cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, nos termos do entendimento sumulado tanto pelo STJ quanto pelo STF.

c) Veda-se o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito, nos termos do entendimento sumulado pelo STF e majoritário no STJ, embora, neste último caso, não sumulado.

d) É permitido o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, com base na gravidade do delito, notoriamente quando atinge bens individuais indisponíveis e que são cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, nos termos do entendimento sumulado pelo STJ e majoritário no STF, embora, neste último caso, não sumulado.

Questão 27 (INÉDITA/2020) No que atine à dosimetria da pena no Brasil, é INCORRETO afirmar:

a) O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

b) a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal;

c) a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial;

d) a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Questão 28 (INÉDITA/2020) Segundo a posição do STJ, a reincidência

a) pode ser compensada com a confissão espontânea;

b) não pode ser compensada com a confissão espontânea;

c) pode ser usada para aumentar a pena acima do máximo legal;

d) pode ser compensada com a confissão espontânea, inclusive no caso de multirreincidência;

e) deve ser observada na primeira fase da dosimetria da pena.

Questão 29 (CESPE/PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPRR/2017) Assinale a opção correta a respeito da dosimetria da pena segundo o entendimento do STJ.

a) É possível a aplicação de pena inferior à mínima na segunda fase da dosimetria da pena.

b) Apenas à confissão qualificada se impõe a incidência de atenuante na segunda fase da dosimetria da pena.

c) Natureza e quantidade de droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

d) Não se admite compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Questão 30 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPSP/2017) A confissão judicial do réu implica em

a) compensação com eventual circunstância agravante.

b) diminuição de sua pena final.

c) compensação com eventual majorante.

d) redução máxima da pena em face da presença de causa especial de diminuição de pena.

e) redução de sua pena-base.

Questão 31 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPSP/2017) A decisão judicial que reconhece a prática de falta grave tem como consequência a

a) interrupção do período para fins de progressão de regime.

b) submissão a exame criminológico em eventual pedido de progressão de regime.

c) perda de todos os dias remidos ou a remir.

d) impossibilidade de o sentenciado ser contemplado com os benefícios de indulto e comutação de pena.

e) submissão ao regime disciplinar diferenciado.

Questão 32 (DEFENSOR PÚBLICO - MS/2014) Sobre a substituição das penas privativas de liberdade, é correto afirmar:

a) sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade por outro crime, o juiz da execução penal poderá deixar de converter a sanção restritiva de direitos anteriormente aplicada em fase de execução, desde que o seu cumprimento seja compatível com o da nova sanção penal.

b) a pena de prestação pecuniária só pode ser estabelecida em favor da vítima ou de seus descendentes.

c) o condenado a uma pena superior a quatro anos por crime culposo não poderá obter a substituição por restritiva de direitos.

d) a pena de prestação pecuniária não pode ser deduzida de eventual condenação civil, ainda que coincidentes os beneficiários.

Questão 33 (DELEGADO DE POLÍCIA - MS/2017) A pena é a consequência natural imposta pelo Estado, quando alguém pratica uma infração penal. (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**: Artigos 1º a 120 do Código Penal. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 469).

O artigo 32 do Código Penal (CP) estabelece três espécies de penas, a saber: penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Conforme o artigo 59 do CP, as penas devem respeitara necessidade e a suficiência à reprovação e à prevenção do crime. Esse mesmo artigo 59 também estabelece os critérios de fixação dessas penas. A partir dessa concepção, assinale a alternativa correta.

a) As penas restritivas de direito são consideradas penas autônomas de caráter substitutivo, podendo ser aplicadas para crimes culposos independente da quantidade de pena privativa de liberdade fixada, se presentes os demais requisitos legais.
b) A pena de multa, aplicada e dosada ao livre arbítrio do julgador, não pode ser substitutiva da pena privativa de liberdade ou substituída por esta no caso de não cumprimento, por ser considerada dívida de valor, constituindo título da dívida pública.
c) A detração penal é instituto jurídico relacionado com a aplicação da pena, de observação obrigatória na sentença, consistindo na redução de um dia de prisão para cada dia trabalhado durante a prisão cautelar, seja ela preventiva ou temporária.
d) A pena privativa de liberdade aplicada a crime hediondo praticado com violência ou grave ameaça é suscetível de substituição por restritiva de direito, se fixada em menos de 04 anos de reclusão.
e) A pena privativa de liberdade - detenção - poderá ser iniciada em regime prisional mais severo, mesmo que inferior a 08 anos, se o julgador entender sua necessidade à reprovação e à prevenção do crime.

Questão 34 (JUIZ - SP/2017) No que concerne às penas restritivas de direitos, é correto afirmar que
a) a prestação pecuniária consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública, ou privada com destinação social, de importância não inferior a 10 (dez) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.
b) a interdição temporária de direitos, nos crimes ambientais, pode consistir em proibição de participar de licitações, pelo prazo de 5 (cinco) anos, no caso de crimes dolosos, e de 3 (três) anos, no de crimes culposos.
c) são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando, entre outros requisitos legais, o réu não for reincidente em crime doloso, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias autorizarem a concessão do benefício, e não for indicada ou cabível a suspensão condicional da pena.

d) a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável a qualquer condenação a privação de liberdade, facultado ao condenado cumprir a pena em menor tempo, nunca inferior à metade da sanção corporal imposta.

QUESTÃO 35 (JUIZ - RS/2017) A pena restritiva de direitos (CP, arts. 43 a 48)

a) na modalidade perda de bens e valores pertencentes ao condenado, dar-se-á em favor da vítima.

b) na modalidade prestação de serviços, pode ser substitutiva de qualquer pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos.

c) admite exclusivamente as modalidades de prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana e prestação de serviço à comunidade ou entidade pública.

d) converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

e) só pode ser aplicada a condenados primários.

QUESTÃO 36 (DEFENSORIA PÚBLICA - RS/2011) A respeito dos entendimentos sumulados é INCORRETO afirmar:

a) Para o Superior Tribunal de Justiça, inquéritos policiais e ações penais em curso não podem agravar a pena-base.

b) Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o aumento da pena na terceira fase nas hipóteses de roubo majorado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente a mera alusão ao número de majorantes.

c) Segundo o Supremo Tribunal Federal, a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao delito permanente, se sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

d) De acordo com Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

e) De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, é possível aplicar ao delito de furto qualificado pelo concurso de agentes aumento idêntico ao previsto para o roubo majorado pelo concurso de agentes, visto que mais benéfico.

Questão 37 (CESPE/ANALISTA JURÍDICO - TJ - AMAZONAS/2019) Julgue os próximos itens, relativos à pena, sua aplicação e a medidas de segurança.

Questão 38 É possível submeter o agente inimputável a tratamento ambulatorial se o ato criminoso por (CESPE/ANALISTA JURÍDICO TJ – AMAZONAS/ 2019) Pedro, com vinte e dois anos de idade, e Paulo, com vinte anos de idade, foram denunciados pela prática de furto contra Ana. A defesa de Pedro alegou inimputabilidade. Paulo confessou o crime, tendo afirmado que escolhera a vítima porque, além de idosa, ela era sua tia.

Com relação a essa situação hipotética, julgue os itens subsecutivos, a respeito de imputabilidade penal, crimes contra o patrimônio, punibilidade e causas de extinção e aplicação de pena.

Na dosimetria da pena, Pedro e Paulo farão jus a circunstância atenuante.

Questão 39 (JUIZ - DF/2007) Qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal relativamente ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos)?

a) Implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal.

b) A posse de drogas para consumo pessoal continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, contudo, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.

c) Pertence ao Direito Penal, mas não constitui "crime", mas uma infração penal *sui generis*; houve descriminalização formal e, ao mesmo tempo, despenalização, mas não *abolitio criminis*.

d) Não pertence ao Direito Penal, constituindo-se numa infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados), tendo ocorrido descriminalização substancial (ou seja: *abolitio criminis*).

Questão 40 (INÉDITA/2020) No que diz respeito às penas do modelo penal brasileiro, é correto afirmar:

a) não existe pena de multa;

b) não é possível combinar a pena privativa com a pena de multa;

c) o Código Penal brasileiro adotou o critério trifásico na dosimetria da pena;

d) a função da pena, segundo o Código Penal, é somente retributiva;

e) a função da pena, segundo o Código Penal, é somente preventiva;

Questão 41 (INÉDITA/2020) Com relação às penas, é correto afirmar:

a) O STF admite a substituição de pena privativa por restritivas no tráfico de drogas;

b) Na dosimetria da pena base, o legislador estabeleceu o modelo bifásico no art. 59 do Código Penal;

c) No Brasil, não há previsão da pena de multa;

d) O Código Penal brasileiro, reformado em 1984, alterado pela lei 9.714/98, proíbe a substituição de pena privativa por uma pena de multa e uma pena restritiva.

GABARITO

1. a
2. e
3. b
4. d
5. a
6. a
7. d
8. a
9. d
10. d
11. e
12. b
13. a
14. a
15. c
16. d
17. a
18. E
19. b
20. d
21. a
22. b
23. b
24. d
25. d
26. a
27. a
28. a
29. c
30. a
31. a
32. a
33. a
34. b
35. d
36. e
37. C
38. E
39. b
40. c
41. a

GABARITO COMENTADO

Questão 1 (JUIZ - SC/2019) Em cada uma das opções a seguir, é apresentada uma situação hipotética seguida de uma assertiva a ser julgada, a respeito da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos.

a) Antônio, com anterior condenação transitada em julgado pelo delito de dano ao patrimônio público, foi processado e condenado à pena privativa de liberdade de um ano e dois meses de reclusão pelo cometimento do delito de receptação. Nessa situação, em razão da reicidência criminal em crime doloso, não é cabível a substituição da pena corporal imposta a Antônio por pena restritiva de direitos.

b) Manoel foi processado e condenado pela prática de violência física, de ameaça e de lesão corporal em contexto de violência doméstica contra a mulher, tendo-lhe sido impostas as penas privativas de liberdade de quinze dias de prisão simples e de três meses e um mês de detenção, em regime aberto. Nessa situação, somente é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação à contravenção de violência física.

c) Pedro, réu primário, foi processado e condenado pela prática de delito de roubo simples na modalidade tentada, tendo-lhe sido imposta pena privativa de liberdade de dois anos e oito meses de reclusão, em regime aberto. Nessa situação, a pena privativa de liberdade imposta a Pedro poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos.

d) Alberto, réu primário e em circunstâncias judiciais favoráveis, praticou crime de homicídio culposo qualificado ao conduzir, embriagado, veículo automotor. Em razão dessa conduta, ele foi processado e condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de cinco anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto. Nessa hipótese, o *quantum* de pena fixado não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

e) João foi processado e condenado à pena privativa de liberdade de um ano e oito meses de reclusão, em regime aberto, pela prática de delito de tráfico de drogas na forma privilegiada. Nessa hipótese, haja vista a condenação por delito equiparável a hediondo, não é admitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Letra d.

O texto da letra, parte final, menciona a possibilidade de substituir pena privativa por penas restritivas em condenação de cinco anos por crime culposo. Essa possibilidade é mencionada no art. 44 do Código Penal, o qual, ainda, impede a substituição de pena privativa por restritivas em crime doloso, com pena aplicada superior a quatro anos. Merece destacar ainda a letra **b** dessa questão, que apresenta assertiva errada, contrariando a Súmula 588 do STJ: "A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos".

Questão 2 (JUIZ - SC/2017) Sobre a suspensão condicional da pena, é correto afirmar:

a) Nos crimes previstos na Lei ambiental n. 9.605/98, a suspensão poderá ser aplicada em condenação a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos.

b) No primeiro ano do prazo, deverá o condenado cumprir uma das penas alternativas previstas no artigo 44 do Código Penal.

c) A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de sessenta anos de idade.

d) É causa de revogação obrigatória a condenação por crime doloso e culposo.

e) É causa de revogação obrigatória a frustração da execução de pena de multa, embora solvente.

Letra e.

A resposta traz o texto expresso do inciso II do art.81 do Código Penal, ou seja, o sursis (suspensão condicional da pena) será revogado se o condenado frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano.

Questão 3 (JUIZ - BA/2019) O benefício da suspensão condicional da pena — sursis penal —

a) pode ser concedido a condenado a pena privativa de liberdade, desde que esta não seja superior a quatro anos e que aquele não seja reincidente em crime doloso.

b) é cabível nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça, desde que a pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a dois anos.

c) pode estender-se às penas restritivas de direitos e à de multa, casos em que se suspenderá, também, a execução dessas penas.

d) deverá ser, obrigatoriamente, revogado no caso da superveniência de sentença condenatória irrecorrível por crime doloso, culposo ou contravenção contra o beneficiário.

e) impõe que, após o cumprimento das condições impostas ao beneficiário, seja proferida sentença para declarar a extinção da punibilidade do agente.

Letra b.

O texto da assertiva **b** traz conteúdo expresso do art.77 do Código Penal, que estabelece os requisitos da suspensão condicional da pena: Requisitos da suspensão da pena:

> **Art. 77** - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que
> I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;
> II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
> III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código
> § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

Questão 4 (JUIZ - BA/2019) À luz do entendimento jurisprudencial do STF, assinale a opção correta, acerca do delito de tráfico privilegiado, previsto na Lei n. 11.343/2006.

a) Trata-se de crime inafiançável e insuscetível de graça, anistia e indulto.

b) O condenado pela prática de tráfico privilegiado deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

c) A progressão de regime prisional do réu condenado pelo crime em apreço somente será admitida mediante a realização de exame criminológico.

d) O condenado pela prática do crime de tráfico privilegiado poderá alcançar a progressão de regime prisional depois de ter cumprido pelo menos um sexto da pena no regime anterior, se ostentar bom comportamento carcerário.
e) O livramento condicional somente será concedido aos condenados pelo crime em apreço que tenham cumprido mais de dois terços da pena, exceto aqueles reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados.

Letra d.
O texto menciona a possibilidade de progressão de regime, no crime de tráfico de drogas privilegiado, com um sexto de cumprimento da pena somado ao bom comportamento. Isso ocorre porque tal modalidade delitiva não constitui crime hediondo, segundo entendimento do STF:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. **1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.** 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016).

Questão 5 (PROMOTOR DE JUSTIÇA - MPMT/2019) Segundo o entendimento dos tribunais superiores acerca da cominação, aplicação e individualização das penas,
a) as circunstâncias agravantes genéricas não se aplicam aos crimes culposos, com exceção da reincidência.

b) a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

c) condenações transitadas em julgado constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade do agente, se prestando para fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime.

d) na dosimetria da pena, as condenações por fatos posteriores ao crime em julgamento podem ser utilizadas como fundamento para valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do réu.

e) a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Letra a.

A assertiva traz informação jurídica verdadeira acerca das agravantes do Código Penal (art. 61), qual seja, a reincidência é a única circunstância agravante, que se aplica tanto ao crime doloso quanto ao culposo. As demais circunstâncias se aplicam somente ao crime na forma dolosa.

Questão 6 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPPR/2016) Em tema de fixação da pena-base, assinale a alternativa incorreta:

a) Leva-se em consideração os antecedentes criminais do agente, que, em razão da aplicação do princípio da inocência, são considerados apenas as condenações por crimes a penas privativas de liberdade, posteriores ao fato que está sendo julgado;

b) Leva-se em consideração a culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta do agente;

c) Leva-se em consideração a conduta social, que se refere ao histórico da vida social do condenado;

d) Leva-se em consideração as consequências do crime, sempre excluindo-se aquelas que são as próprias de cada delito;

Letra a.

A assertiva traz informação jurídica falsa, uma vez que os antecedentes penais exigem fato anterior ao que está sendo julgado, com condenação transitada em julgado antes da sentença do novo fato.

Questão 7 (JUIZ - DF/2016) À luz da jurisprudência sumulada do STJ, assinale a opção correta referente à aplicação da pena.

a) Em decorrência do princípio da individualização da pena, é possível aplicar a majorante do roubo ao delito de furto qualificado pelo concurso de agentes, desde que essa ação seja fundamentada nas circunstâncias do caso concreto.

b) Ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, é admissível a fixação de regime prisional mais gravoso que o cabível, em razão da sanção imposta, com fundamento na gravidade concreta ou abstrata do delito.

c) Embora seja vedada a utilização de inquéritos policiais em andamento para aumentar a pena-base, é possível a utilização de ações penais em curso para requerer o aumento da referida pena.

d) É inadmissível a fixação de pena restritiva de direitos substitutiva da pena privativa de liberdade como condição judicial especial ao regime aberto.

e) O número de majorantes referentes ao delito de roubo circunstanciado pode ser utilizado como critério para a exasperação da fração incidente pela causa de aumento da pena.

Letra d.

A assertiva traz informação presente na jurisprudência do STJ:

> PENAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. REGIME ABERTO. CONDIÇÕES ESPECIAIS. ART. 115 DA LEP. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. *BIS IN IDEM*. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. É lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art.115 da LEP), **mas não poderá adotar**

> **a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável bis in idem,** importando na aplicação de dúplice sanção.
> 2. Recurso Especial desprovido.
> (REsp 1110824/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 05/10/2011).

Questão 8 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPDFT/2015) Sobre a aplicação da sanção penal e os efeitos da condenação penal, assinale a opção CORRETA:

a) A retratação, em juízo, da anterior confissão na fase de investigação, obsta a aplicação da atenuante da confissão espontânea, a não ser que a confissão retratada venha a ser considerada na fundamentação da sentença.

b) A perda de cargo público, nos casos em que for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, em caso de homicídio, é um efeito automático da sentença condenatória, não havendo necessidade de declaração motivada do juiz na sentença.

c) O tempo de duração da medida de segurança, por não se tratar de pena criminal, pode ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

d) O agente que pratica contravenção penal, sendo condenado com trânsito em julgado, e depois pratica crime, sendo novamente condenado com trânsito em julgado, é reincidente.

e) O receptador de aparelhos de televisão que carrega sistematicamente o produto do crime em seu veículo, licitamente adquirido, pode perder referido instrumento em favor da União, como efeito da condenação penal.

Letra a.

A assertiva traz informação da atual jurisprudência do STJ, ou seja, se o magistrado usa a confissão do acusado como um dos argumentos da etapa da fundamentação da sentença condenatória, necessariamente a confissão figurará como atenuante. O entendimento, hoje, após consolidação da jurisprudência, está presente na súmula 545 do STJ: “Súmula 545 do

STJ - Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal".

Questão 9 (DEFENSOR PÚBLICO - BA/2016) Sobre a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, é correto afirmar que:

a) em virtude do princípio da individualização da pena, a primeira fase de aplicação da pena não pode influenciar na determinação do regime.

b) a pena de detenção deve ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, salvo caso de reincidência.

c) segundo a jurisprudência dominante do STJ, a reincidência impede o cumprimento de pena em regime semiaberto, independentemente da quantidade de pena e das circunstâncias judiciais.

d) em caso de condenação por crime de extorsão mediante sequestro consumado, é possível a aplicação do regime semiaberto.

e) por ser cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa, a condenação por roubo consumado impede a aplicação do regime aberto.

Letra d.

A assertiva está correta porque, segundo a jurisprudência do STF e do STJ, não existe mais o regime inicial fechado de cumprimento de pena automático para crimes hediondos ou equiparados. Desse modo, todo regime de cumprimento de pena deve ser fundamentado no art. 33, § 2º, alíneas a, b e c, bem como no § 3º, do Código Penal. Isto é, leva-se em conta os critérios: reclusão ou detenção; quantidade de pena obtida na terceira fase da dosimetria; reincidência; e circunstâncias judiciais do art. 59.

Questão 10 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPMS/2015) Assinale a alternativa correta:

a) A culpabilidade prevista como circunstância judicial (Código Penal, art. 59), mensurável na fixação da pena-base, deve ser entendida como pressuposto da pena.

b) É possível a aplicação da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.
c) Em relação à pena de multa, não se aplica a redução de metade dos prazos prescricionais quando o condenado for menor de vinte e um anos de idade ao tempo do crime ou maior de setenta anos de idade na data da sentença.
d) Aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos, se forem favoráveis às circunstâncias judiciais, o juiz pode aplicar o regime semiaberto, ainda que a reincidência seja em crime específico.
e) Tratando-se de crime apenado com detenção, exige-se motivação idônea do julgado para impor ao condenado o regime fechado para iniciar o cumprimento da pena.

Letra d.
A assertiva corresponde ao entendimento sumulado do STJ, constante no enunciado 269: "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto (sic) aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Questão 11 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPMS/2015) Analise as proposições abaixo acerca da fixação da pena:

I – Os crimes militares próprios e os crimes políticos não são considerados para efeito de reincidência.
II – O aumento decorrente do crime continuado incide sobre a pena majorada pela causa especial de aumento de pena ou de circunstância qualificadora.
III – Possuindo o réu duas condenações capazes de gerar reincidência, uma servirá de circunstância judicial e outra de agravante.
IV – O reconhecimento da atenuante da menoridade implica na redução da pena após a majoração decorrente do concurso formal.

Assinale a alternativa correta:

a) Todas as proposições estão corretas;

b) Somente as proposições I, III e IV estão corretas;

c) Somente as proposições II e IV estão corretas;

d) Somente as proposições I e II estão corretas;

e) Somente as proposições I, II e III estão corretas.

Letra e.

O item I corresponde ao conteúdo expresso no art. 64, II, do Código Penal, ou seja, para efeito de reincidência, não se consideram os crimes militares próprios e políticos. O item II está correto, porque a eventual exasperação do concurso de crimes (formal próprio e também na continuidade delitiva) aparece após a terceira fase da dosimetria, ou seja, depois da incidência de causas de aumento ou de diminuição de pena. A qualificadora por sua vez interfere no patamar de pena mais atrás, quando da pena-base. O item III está correto, na hipótese de duas ou mais condenações que sirvam para a reincidência, uma pode funcionar como maus antecedentes. Nesse caso, a situação é diferente da vedação contida na súmula 241 do STJ: “não se consideram os crimes militares próprios e políticos".

Questão 12 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPMS/2015) Em relação ao instituto da medida de segurança, é correto afirmar que:

a) para sua aplicação, é considerada a totalidade dos pressupostos jurídico-penais utilizados para a aplicação de uma pena.

b) não pode ser executada por prazo superior a trinta anos.

c) por não se configurar espécie de sanção penal, a medida de segurança não se submete às causas extintivas da punibilidade.

d) a desinternação do agente submetido à medida de segurança será sempre definitiva, extinguindo-se a medida de segurança, sendo precedida de laudo que ateste a cessação da periculosidade.

e) é aplicada por tempo indeterminado, especificando-se na sentença o prazo mínimo de sua duração, proibindo-se a realização do exame de cessação da periculosidade antes do decurso do prazo mínimo de internação.

Letra b.

A assertiva **b** está correta, porque, nesse sentido, tem decidido o STF, ao fazer analogia da medida de segurança com a pena, espécies do gênero sanção penal, na hipótese do *caput* do art. 26 e sua combinação com o § 1º do art. 97 do Código Penal. Ou seja, para o Código Penal, a medida de segurança teria duração por prazo indeterminado; para o STJ, não pode ultrapassar o prazo máximo abstrato, destinado à pena, previsto no preceito secundário do tipo penal; para o STF, o limite é de 30 anos, por analogia com o art.75 do CP.

Obs.: esse entendimento tende a ser alterado, uma vez que a Lei Anticrime (13.964/2019) alterou o limite do art. 75 para 40 anos.

Questão 13 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPGO/2016) No que se refere à sistemática do Código Penal, quanto às agravantes, atenuantes, majorantes, minorantes e qualificadoras, é correto afirmar:

a) As majorantes e minorantes, também conhecidas como causas de aumento e de diminuição de pena, são encontradiças em nosso Código Penal, tanto na parte geral, quanto na parte especial, especificando o *quantum* do aumento ou da diminuição da pena em frações, dobro ou triplo, por exemplo. São aplicadas na terceira e última fase da Sentença Penal Condenatória. As agravantes e atenuantes somente são encontradas em nosso Código Penal na parte geral e não dizem o *quantum* irão agravar ou atenuar a pena do autor delituoso, ficando a critério do juiz. Este poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As agravantes e atenuantes são aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena. Já as qualificadoras somente são encontradas na Parte Especial do Código Penal, constituindo-se em um verdadeiro tipo qualificado, que piora a situação do autor do delito, possuindo um novo mínimo e um

novo máximo da pena em abstrato mais gravoso em relação ao tipo fundamental ou básico. Situa-se na primeira fase da dosimetria da pena.

b) As majorantes e minorantes, também conhecidas como causas de aumento e de diminuição de pena, são encontradiças em nosso Código Penal, somente na parte geral, especificando o *quantum* do aumento ou diminuição da pena em frações, dobro ou triplo, por exemplo. São aplicadas na segunda fase da Sentença Penal Condenatória. As agravantes e atenuantes são encontradas em nosso Código Penal, tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código Penal, e não dizem o *quantum* irão agravar ou atenuar a pena do autor delituoso, ficando a critério do juiz. Este não poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As agravantes e atenuantes são aplicadas na terceira fase da dosimetria da pena. Já as qualificadoras somente são encontradas na parte especial do Código Penal, constituindo-se em um verdadeiro tipo qualificado, que piora a situação do autor do delito, possuindo um novo mínimo e um novo máximo da pena em abstrato mais gravoso em relação ao tipo fundamental. Situa-se na primeira fase da dosimetria da pena.

c) As majorantes e minorantes, também conhecidas como causas de aumento e de diminuição de pena, são encontradiças em nosso Código Penal, tanto na parte geral, quanto na parte especial, especificando o *quantum* do aumento ou da diminuição da pena em frações, dobro ou triplo, por exemplo. São aplicadas na terceira fase da Sentença Penal Condenatória. O juiz poderá reconhecer a existência de minorantes inominadas. As agravantes e atenuantes são encontradas em nosso Código Penal, somente na parte geral, do Código Penal e não dizem o *quantum* irão agravar ou atenuar a pena do autor delituoso, ficando a critério do juiz. Este não poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As agravantes e atenuantes são aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena. Já as qualificadoras são encontradas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, constituindo-se em um verdadeiro tipo qualificado, que piora a situação do autor do delito possuindo um novo mínimo e um novo máximo da pena em abstrato mais gravoso em relação ao tipo fundamental. Situa-se na primeira fase da dosimetria da pena.

d) As causas de aumento e de diminuição de pena são aplicadas na terceira fase da sentença penal condenatória e não podem ultrapassar o máximo da pena ou ir aquém do mínimo legal

da pena prevista em abstrato no tipo penal; já as agravantes podem elevar a pena acima do máximo e as atenuantes aquém do mínimo legal da pena em abstrato prevista no tipo, vez que se situa na segunda fase da sentença. As majorantes e minorantes se encontram tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial e expressamente dizem o *quantum* do aumento ou da diminuição da pena, ao contrário das agravantes e atenuantes que se encontram apenas na Parte Geral do Código Penal e são aferidas pelo juiz na segunda fase da sentença. O juiz poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As qualificadoras, que se encontram somente na parte especial e que são avaliadas na primeira fase da sentença penal condenatória, permitem que sobre elas incidam as causas de aumento e de diminuição de pena, agravantes e atenuantes.

Letra a.

A assertiva **a** está correta. O seu texto corresponde às regras sobre a dosimetria da pena que foram trabalhadas no presente capítulo. Constitui um bom resumo para o estudante de concursos na véspera de uma primeira fase.

Questão 14 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPPR/2016). Considerando o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores, analise as assertivas abaixo e indique a alternativa:

I – A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

II – Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.

III – É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

IV – Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

a) Todas as assertivas estão corretas;

b) Apenas as assertivas I e III estão incorretas;

c) Apenas as assertivas I, II e IV estão corretas;

d) Apenas a assertiva II está incorreta;

e) Apenas as assertivas I e III estão corretas.

Letra a.

A assertiva **a** informa que todas as assertivas estão corretas. Essa é uma questão boa para estudo, assim como aqueles que pedem para marcar a incorreta, porque os outros itens são verdadeiros. Desse modo, o estudante pode assimilar muito conhecimento resolvendo as referidas questões. O item IV aponta informação contida na súmula 718 do STF: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada". O item II traz o conteúdo da súmula 171 do STJ: "Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa". O item III exara o texto da Súmula 440 do STJ: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". O item IV aponta informação contida na súmula 441 do STJ: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

Questão 15 (PROCURADOR DA REPÚBLICA/2012) Relativamente à pena privativa de liberdade, é correto afirmar que:

a) O Código Penal adota o sistema progressivo de cumprimento de pena, havendo, para o sexo masculino, três regimes principais: fechado, semiaberto e aberto. É admissível a progressão do regime fechado para o aberto. Para o sexo feminino, o Código Penal prevê um regime especial em estabelecimento próprio. Para os crimes em geral, a progressão se dá

com o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior e a ostentação de bom comportamento carcerário.

b) A disciplina penal consiste no dever do preso em colaborar com a ordem, obedecer às determinações das autoridades e de seus agentes, bem como desempenhar trabalho prisional. A prática de fato definido como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou da disciplina interna, sujeita o preso, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, a ser aplicado por ato motivado do diretor do estabelecimento ou por outra autoridade administrativa.

c) A jurisprudência, em geral, veda aos presos estrangeiros os direitos a progressão de regime e ao livramento condicional, fundamentando-se, em geral, nos efeitos penais do decreto de expulsão, na presunção de fuga do apenado estrangeiro ou na proibição de obtenção de emprego formal, conforme regra contida no Estatuto do Estrangeiro. Contudo, decisões mais recentes do STF e do STJ têm mitigado essa vedação, admitindo tanto a progressão como o livramento condicional para os estrangeiros encarcerados.

d) O exame criminológico é espécie do gênero exame da personalidade, que tem por objeto aferir eventual propensão do apenado para a perpetração de novos fatos delituosos. A nova redação do art. 112, da Lei de Execução Penal, trazida pela Lei n. 10.792/2003, suprimiu a necessidade de exame criminológico para fins de progressão de regime e, por extensão, para o livramento condicional. Contudo, a Súmula Vinculante n. 26, do STF, tornou obrigatória a realização de exame criminológico para os condenados por crime hediondo ou equiparado.

Letra c.

Errada, porque apresentou a possibilidade de progressão de regime por salto, ao dizer que era admissível a progressão do regime fechado para o aberto. Isso é vedado. O que se permite é a regressão por salto, ou seja, é possível ser regredido do regime aberto para o fechado, mas não há a possibilidade de progressão do regime fechado para o aberto.

b) **Errada.** Não se permite a determinação de RDD por "outra autoridade administrativa". O Diretor pode isolar o preso por 10 dias. A determinação de RDD virá com ordem judicial (art. 54 da LEP). Segundo o § 2º do art. 54 da LEP (Lei 7.210/84), a decisão judicial sobre inclusão de

preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

Correta. Porque representa a jurisprudência da época.

Errada. A súmula vinculante 26 não tornou obrigatória a realização de exame criminológico. É justamente o contrário, ou seja, o exame não é obrigatório, o juiz decide de forma motivada sobre a sua realização.

Questão 16 (DEFENSOR PÚBLICO - MS/2008) Com relação à pena de multa, considere as seguintes assertivas e assinale a alternativa que corresponde ao texto do Código Penal.

I – Na hipótese de concurso de crimes, sua aplicação segue as regras do concurso formal, concurso material e crime continuado.

II – A situação econômica do réu é critério para sua fixação.

III – Sua prescrição dar-se-á em 2 (dois) anos, quando for a única cominada ou aplicada.

a) Todas são erradas.

b) Apenas II é correta.

c) Apenas III é errada.

d)- Apenas I é errada.

Letra d.

A assertiva I está errada porque contraria o art. 72 do Código Penal, o qual diz que:

> Art. 72 - No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente". É certo que a jurisprudência tem mitigado esse entendimento quando se trata de crime continuado. Segundo o STJ: [...]1. A jurisprudência desta Corte assentou compreensão no sentido de que o art. 72 do Código Penal é restrito às hipóteses de concursos formal ou material, não sendo aplicável aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva. Desse modo, a pena pecuniária deve ser aplicada conforme o regramento estabelecido para o crime continuado, e não cumulativamente, como procedeu a Corte de origem[...] (AgRg no AREsp 484.057/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018).

QUESTÃO 17 (JUIZ - SP/2017) Na aplicação da pena,

a) é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, configurando-se, porém, a má antecedência se o acusado ostentar condenação por crime anterior, transitada em julgado após o novo fato.

b) a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, a não ser que utilizada a confissão para a formação do convencimento do julgador, hipótese em que o réu fará jus à diminuição, ainda que aquém do piso.

c) o desconhecimento da lei constitui circunstância atenuante, podendo ainda a pena ser atenuada em razão de fato relevante, embora não previsto em lei, desde que necessariamente anterior ao crime.

d) a reincidência não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial, não prevalecendo a condenação anterior, contudo, se entre a data do trânsito em julgado para a acusação da condenação anterior e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos.

Letra a.

A assertiva é a única correta, uma vez que repete parte do conteúdo da Súmula 444 do STJ (É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base) e afirma a jurisprudência com relação aos maus antecedentes, os quais exigem condenação transitada em julgado por fato anterior. O trânsito em julgado deve ocorrer até a sentença do novo crime, diferente da reincidência que exige o trânsito em julgado antes do cometimento do novo fato.

QUESTÃO 18 (PROCURADO DO ESTADO DA BAHIA/2014) No que diz respeito aos diversos institutos previstos na parte geral do Código Penal, julgue os itens seguintes.

Considere que determinado indivíduo condenado definitivamente pela prática de determinado delito tenha obtido a extinção da punibilidade por meio de anistia e que, um ano depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, tenha cometido novo delito. Nessa situação, esse indivíduo é considerado reincidente, estando, pois, sujeito aos efeitos da reincidência.

Errado.

A anistia extingue a punibilidade e elimina a condenação sob o aspecto penal, de modo que não servirá para contribuir com a reincidência penal em novo fato cometido pelo agente anistiado. A anistia não extingue somente a execução da pena, mas torna esquecido o ato delituoso, de forma que desaparece as suas consequências na esfera penal.

Questão 19 (DELEGADO DE POLÍCIA - MS/2017) Ricardo foi preso em flagrante por crime de estelionato em fevereiro de 2005, em Corumbá - MS, sendo definitivamente condenado, dois meses depois, à pena de reclusão de dois anos. Cumprida a condenação, resolveu ir ao Paraguai visando a novas oportunidades. Porém, desempregado, voltou a delinquir em solo estrangeiro, sendo condenado no mês de setembro de 2008 à pena de três anos por crime de roubo. Em janeiro de 2009, enquanto aguardava em liberdade o julgamento de seu recurso, fugiu para a cidade de Ponta Porã - MS, fixando residência. Nesta cidade, trabalhou como garçom no "Bar da Cana" até março de 2012, quando foi preso pela Polícia Militar por utilizar o local como ponto de venda de drogas. Na sentença pelo crime de tráfico de drogas (artigo 33, da Lei n. 11.343/2006), o julgador agravou a pena de Ricardo por considerá-lo reincidente. Quanto à decisão, assinale a alternativa correta.

a) O sentenciante se equivocou ao considerar o réu reincidente, pois, quanto ao primeiro crime, ignorou o período de detração penal.

b) O sentenciante agravou corretamente a pena, pois o prazo de cessação da reincidência ocorre apenas cinco anos após o cumprimento da pena e, neste caso, sucederia no mês de abril de 2012.

c) O sentenciante se equivocou, pois, para fins de reincidência, não se considera uma infração anterior quando praticada fora do território nacional.

d) O sentenciante sopesou corretamente a agravante, pois entre as datas de prática do segundo e do terceiro crimes, não decorreu um período de tempo superior a cinco anos.

e) O sentenciante se equivocou quanto à reincidência, pois, entre as datas de prática do primeiro e do último crime, decorreu período de tempo superior a cinco anos.

Letra b.

A assertiva está correta, porque somente em abril de 2007 ocorreu a extinção da punibilidade do crime de estelionato. Desse modo, o prazo de cinco anos, após a extinção da punibilidade, previsto no art. 64, I, do Código Penal, teria termo final em abril de 2012. Todavia, Ricardo cometeu novo fato, em março de 2012. Portanto, na sentença condenatória do novo fato, o sentenciado deverá ser considerado reincidente.

Questão 20 (DEFENSOR PÚBLICO – PE/2018) Assinale a opção correta, a respeito das regras do regime fechado de cumprimento das penas privativas de liberdade previstas na legislação vigente.

a) Em regra, o condenado a pena privativa de liberdade superior a quatro anos iniciará o seu cumprimento no regime fechado.

b) A pena de reclusão deve ser cumprida exclusivamente em regime fechado.

c) A execução da pena em regime fechado deverá ocorrer exclusivamente em estabelecimento de segurança máxima.

d) O condenado que cumpre pena no regime fechado pode ser autorizado a realizar trabalho externo em serviços ou obras públicas.

e) O condenado que cumpre a pena no regime fechado deve ficar isolado durante o repouso noturno e, durante o dia, deve trabalhar em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

Letra d.

A assertiva está correta, pois corresponde à previsão do texto literal do art. 36 *caput* da Lei de Execução Penal:

> **Art. 36.** O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.
> § 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.
> § 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

> § 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.
> **Art. 37.** A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.
> Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

Questão 21 (DELEGADO DE POLÍCIA – MS/2017) No que diz respeito ao sistema de aplicação da pena, assinale a alternativa correta.

a) No caso de condenado reincidente em crime doloso, porém com as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal inteiramente favoráveis, a pena-base pode ser aplicada no mínimo legal.

b) A qualificadora da torpeza no crime de homicídio (CP, artigo 121, § 2º, inciso I) determina a majoração do *quantum* de pena privativa de liberdade na terceira fase da dosimetria.

c) O início do cumprimento de pena privativa por condenação pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (artigo 302 da Lei n. 9.503/1997) sempre será no regime fechado em razão da gravidade da conduta em relação ao bem jurídico protegido penalmente.

d) Sendo as circunstâncias judiciais favoráveis, admite-se a fixação do regime inicial aberto para o condenado reincidente, quando a pena fixada na sentença é igual ou inferior a quatro anos.

e) Na sentença condenatória por crime de estelionato (CP, artigo 171, *caput*), a pena aplicada em um ano de prisão pode ser substituída por duas penas restritivas de direitos, desde que presentes os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

Letra a.

A assertiva está correta porque se todas as circunstancias judiciais são neutras ou favoráveis, a pena-base ficará no mínimo legal, independentemente da reincidência, uma vez que essa só influenciará na segunda fase da dosimetria da pena.

Questão 22 (DEFENSORIA DE ALAGOAS/2017) Quanto às circunstâncias agravantes e às atenuantes, assinale a opção correta.

a) Constitui atenuante genérica o erro sobre a ilicitude do fato, embora o desconhecimento da lei seja inescusável.

b) Inexiste, nas agravantes e atenuantes genéricas, previsão legal taxativa acerca do *quantum* a ser aplicado, cabendo ao juiz defini-lo.

c) As circunstâncias agravantes incidem apenas sobre os crimes dolosos.

d)- A circunstância atenuante referente à senilidade é definida pelo Estatuto do Idoso.

e)- A clemência incide em circunstâncias anteriores à prática do crime, nas hipóteses previstas expressamente no CP.

Letra b.

A assertiva está correta, uma vez que o Código Penal não traz o *quantum* de agravantes e de atenuantes, cabendo ao julgador defini-lo. Contudo, o entendimento jurisprudencial aponta o patamar de um sexto para cada agravante ou atenuante, de modo que a segunda fase não represente uma valoração de pena maior do que a terceira fase. Ademais, a jurisprudência entende que a agravante e a atenuante não podem ultrapassar o máximo ou reduzir a pena abaixo do mínimo respectivamente. Existe, inclusive, a súmula 231 do STJ, que veda atenuar a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria.

Questão 23 (DEFENSORIA PÚBLICA DE PERNAMBUCO/2018) A respeito da progressão de regime para o cumprimento de pena, assinale a opção correta de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores.

a) O estrangeiro que estiver em situação irregular no país e que estiver preso estará impedido de obter a progressão de regime.

b) O juízo da execução penal deverá negar o pedido de progressão do regime fechado diretamente para o aberto: no ordenamento jurídico pátrio não se admite salto na progressão.

c) A base de cálculo para a progressão de regime dos presos condenados a mais de trinta anos por diversos crimes fica limitada ao tempo máximo de cumprimento de pena disposto na lei penal, isto é, a trinta anos.

d) O juízo da execução penal decidirá quanto à progressão de regime a partir da conclusão do exame criminológico, que deve ser obrigatoriamente realizado.
e) O cometimento de falta grave não motiva a interrupção do prazo para a progressão de regime.

Letra b.
A assertiva está correta porque não existe progressão *per saltum*. Não é possível, em hipótese alguma, progredir de regime do fechado para o aberto. Todavia, admite-se a regressão por salto, por exemplo, do aberto para o fechado, em caso, por exemplo, de falta grave cometida durante o cumprimento da pena no regime aberto, respeitadas as regras de procedimento constantes no art. 118 da Lei de Execução Penal.

Questão 24 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPDFT/2005) Marque a opção correta a respeito da aplicação da sanção penal:
a) As causas de aumento e diminuição de pena estabelecem novos limites mínimo e máximo a partir dos quais o juiz deverá fixar a pena-base.
b) Conforme orientação jurisprudencial majoritária, no concurso de atenuantes e agravantes deve a reincidência preponderar sobre todas as demais circunstâncias.
c) Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica com desígnios autônomos dois ou mais crimes, deve o juiz aplicar a mais grave das penas cominadas, ou uma delas, se iguais, aumentada, em qualquer caso, dentro dos limites máximo e mínimo previstos na lei.
d) Havendo concurso de majorantes ou minorantes previstas na parte especial do Código Penal, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, devendo prevalecer, contudo, a que mais aumente ou diminua a pena.
e) A fixação da pena de multa, segundo a orientação dos tribunais superiores, deve considerar na última fase todas as majorantes e minorantes, exceção feita àquelas que regulam o concurso de crimes.

Letra d.

a)Errada. Esta alternativa apresenta informação equivocada. As causas de aumento de pena são analisadas na 3ª fase da dosimetria da pena, conforme arts 68 do CP: "A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento". São circunstâncias que não interferem na pena-base.

b)Errada. A reincidência constitui circunstância preponderante prevista no art. 67 do CP, ao lado da personalidade e dos motivos. A reincidência prepondera sobre as circunstâncias não preponderantes, mas não prepondera sobre as preponderantes. Na jurisprudência do STJ, a reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, desde que o condenando não seja multirreincidente. Para o STF, a reincidência prepondera sobre a confissão, conforme jurisprudência do STF (HC 112830, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012). Importa destacar que a menoridade relativa prepondera sobre a reincidência, embora parcela da doutrina defenda a compensação de ambas as circunstancias, por serem preponderantes.

c)Errada. Se o agente mediante uma só conduta, com desígnios autônomos, pratica dois ou mais crimes, as penas serão cumuladas, conforme segunda parte do *caput* do art.70 do CP. A referida hipótese é classificada como concurso formal impróprio ou imperfeito. Importa alertar que os desígnios autônomos podem ser formados, inclusive, por dolo direto mais dolo eventual. Exemplo: Caio coloca várias pessoas na forma de fila e, com um único disparo de fuzil, mata todas.

d)Correta. A afirmação nela contida corresponde ao texto do parágrafo único do art. 68 do CP:

> Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. É uma exceção à regra do aumento em cascata para o concurso de causas de aumento ou diminuição.

e)Errada. A fixação da pena de multa segue o critério bifásico: análise do número de dias com suporte no art. 59 do CP e exame do valor do dia (situação econômica do réu). Esse é o entendimento constante na jurisprudência do STJ:

> (...)III - A pena de multa deve ser fixada em duas fases. Na primeira, fixa-se o número de dias-multa, considerando-se as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP). Na segunda, determina-se o valor de cada dia-multa, levando-se em conta a situação econômica do réu (Precedente do STJ). (...) HC 132351/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2009, DJe 05/10/2009". No caso de concurso de crimes, as penas de multa serão somadas (art.72 do CP). (GOMES FILHO et al., 2012).

ATENÇÃO

Obs.: para fixar o número de dias, segue-se o modelo trifásico:

> STJ [...] 2. A fixação da pena de multa obedece ao sistema trifásico e pode variar entre o mínimo de 10 (dez) e o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, consoante previsão do art. 49 do Código Penal. Precedentes. [...] (EDcl no REsp 1565024/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

Questão 25 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPDFT/2008) Analise os itens e assinale a quantidade de itens errados.

I – Em matéria de pena, aplica-se o concurso material no caso de dois ou mais crimes praticados mediante uma só conduta.

II – O crime continuado tem por requisitos cumulativos a pluralidade de agentes e de condutas, a pluralidade de crimes da mesma espécie e a prática dos mesmos em circunstâncias semelhantes.

III – As circunstâncias judiciais a serem observadas na fixação da pena são previstas na parte geral do Código Penal, já as circunstâncias legais podem ser encontradas tanto na parte geral quanto na parte especial.

IV – A pena de reclusão terá o seu regime inicial de cumprimento fixado no regime fechado ou semiaberto, vedado o regime inicial aberto, aplicável nesta fase inicial somente à pena de detenção.

V – As condições pessoais do apenado influem na fixação da pena, mas não devem influir na fixação do seu regime de cumprimento.

a) Um.

b) Dois.

c) Três.

d) Quatro.

e) Cinco.

Letra d.

O item I está errado. No concurso de crimes, toda vez que o agente perpetrar uma só conduta e gerar dois ou mais crimes, incorrerá em uma das modalidades do concurso formal (ideal) de crimes, quais sejam: formal próprio, formal impróprio (art. 70 *caput* do CP). É certo que, se a exasperação do concurso formal próprio superar a soma das penas, o julgador deverá optar pela cumulação das penas por se tratar de um concurso material benéfico, conforme parágrafo único do art. 70 do CP.

O item II está errado. A pluralidade de agentes não é requisito do crime continuado. Narra o art. 71 do CP. Merece acrescentar que a unidade de desígnios deve ser acrescentada aos requisitos objetivos, segundo a teoria mista seguida pelo STJ (HC 153.641/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 16/05/2012). Ademais, o instituto da continuidade, o qual constitui uma ficção judicial, não deve ser aplicado a criminoso habitual, que é aquele que faz do crime seu *modus vivendi* (STF - HC 107276 / RS).

O item III está correto. As circunstâncias judiciais são as previstas no art. 59 do CP. Já o termo circunstâncias legais refere-se a: agravantes, atenuantes, causas de aumento, causas de diminuição e qualificadoras.

O item IV está errado. Dispõe o art. 33 *caput* do CP. "Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto (sic) ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto (sic), ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado".

O item V está errado. As condições pessoais mencionadas no art. 59 *caput* (pena-base) também são analisadas na fixação do regime inicial, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".(GOMES FILHO *et al.*, 2012).

Questão 26 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPGO/2016) O juiz, ao condenar o agente delituoso pela prática de um crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP), fixou a pena no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão, após análise das circunstâncias judiciais que foram todas favoráveis ao acusado, se tratando de réu primário, possuindo endereço certo e trabalho lícito. Ao fixar o regime prisional, o Magistrado determinou o cumprimento da pena em regime inicial fechado, fundamentando sua decisão na gravidade do crime de roubo, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o que demonstra a periculosidade do agente. A defesa recorreu da sentença, somente se opondo quanto ao regime prisional estabelecido na sentença penal condenatória, requerendo a fixação do regime aberto. Os autos foram enviados com vista ao Ministério Público para ofertar suas contrarrazões. O órgão de primeiro grau deverá se manifestar, posicionando-se, no sentido de que:

a) Veda-se o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito, nos termos do entendimento sumulado tanto pelo STJ quanto pelo STF.

b) É permitido o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, com base na gravidade do delito, notoriamente quando atinge bens individuais indisponíveis e que são cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, nos termos do entendimento sumulado tanto pelo STJ quanto pelo STF.

c) Veda-se o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito, nos termos do entendimento sumulado pelo STF e majoritário no STJ, embora, neste último caso, não sumulado.

d) É permitido o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, com base na gravidade do delito, notoriamente quando atinge bens individuais indisponíveis e que são cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, nos termos do entendimento sumulado pelo STJ e majoritário no STF, embora, neste último caso, não sumulado.

Letra a.

A assertiva é verdadeira porque reflete as **Súmulas 440 do STJ** (“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em

razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito) **e 718 do STF** ("A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada").

Questão 27 (INÉDITA/2020) No que atine à dosimetria da pena no Brasil, é INCORRETO afirmar:

a) o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

b) a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal;

c) a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial;

d) a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Letra a.

A letra **a** está incorreta, uma vez que o número de majorantes, por si só, não é suficiente para exasperar a pena no crime de roubo, na terceira fase da dosimetria, conforme entendimento exarado na Súmula 443 do STJ: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Questão 28 (INÉDITA/2020)Segundo a posição do STJ, a reincidência

a) pode ser compensada com a confissão espontânea;

b) não pode ser compensada com a confissão espontânea;

c) pode ser usada para aumentar a pena acima do máximo legal;

d) pode ser compensada com a confissão espontânea, inclusive no caso de multirreincidência;

e) deve ser observada na primeira fase da dosimetria da pena.

Letra a.

A assertiva **a** está correta. Conforme visto no texto acima, quando tratamos da segunda fase da dosimetria, a reincidência, segundo entendimento do STJ, pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, desde que o condenado não seja multirreinciddente. Esse não é, por ora, o entendimento do STF, para o qual a reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea.

Questão 29 (CESPE/PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPRR/2017) Assinale a opção correta a respeito da dosimetria da pena segundo o entendimento do STJ.

a) É possível a aplicação de pena inferior à mínima na segunda fase da dosimetria da pena.

b) Apenas à confissão qualificada se impõe a incidência de atenuante na segunda fase da dosimetria da pena.

c) Natureza e quantidade de droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

d) Não se admite compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Letra c.

A letra **c** está correta, uma vez que nesse sentido tem decidido o STJ.

> [...] 3. No ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014), o que não é a situação discutida nos autos.

> 4. A quantidade e a natureza da droga apreendida - 99 pedras de crack - demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Precedentes.
> 5. *Habeas corpus* não conhecido.
> (HC 531.347/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)

Todavia, há julgado apontando caminho diverso no atual momento, desde que o uso da quantidade de drogas no § 4º seja para demonstrar envolvimento do condenado em atividades criminosas ou em organizações criminosas:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3.615,6KG DE MACONHA). APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART.33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA.
> CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. *In casu*, o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a elevada quantidade de droga, circunstância do delito que pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revela-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
> **2. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem.**
> 3. Para se acolher a tese de que o ora agravante não se dedica a atividades criminosas ou não pertence a organização criminosa, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula n. 7/STJ.

> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp 1469773/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 21/02/2020).

Questão 30 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPSP/2017) A confissão judicial do réu implica em

a) compensação com eventual circunstância agravante.

b) diminuição de sua pena final.

c) compensação com eventual majorante.

d) redução máxima da pena em face da presença de causa especial de diminuição de pena.

e) redução de sua pena-base.

Letra a.

A letra **a** está correta, uma vez que a confissão judicial (confissão espontânea) representa uma atenuante que incide na segunda fase da dosimetria da pena, conforme previsão do art. 65 do Código Penal. A confissão pode ser compensada com agravante não preponderante (STF) ou com agravante preponderante (STJ). Como já dito, o STJ considera a confissão espontânea uma atenuante preponderante relacionada com a personalidade, por isso permite a sua compensação, por exemplo, com a reincidência. Não admite a referida compensação em caso de multirreincidência (STJ).

Questão 31 (PROMOTOR DE JUSTIÇA/MPSP/2017) A decisão judicial que reconhece a prática de falta grave tem como consequência a

a) interrupção do período para fins de progressão de regime.

b) submissão a exame criminológico em eventual pedido de progressão de regime.

c) perda de todos os dias remidos ou a remir.

d) impossibilidade de o sentenciado ser contemplado com os benefícios de indulto e comutação de pena.

e) submissão ao regime disciplinar diferenciado.

Letra a.

A letra **a** está correta, uma vez que exara entendimento constante na súmula 534 do STJ: "A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração".

QUESTÃO 32 (DEFENSOR PÚBLICO - MS/2014) Sobre a substituição das penas privativas de liberdade, é correto afirmar:

a) sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade por outro crime, o juiz da execução penal poderá deixar de converter a sanção restritiva de direitos anteriormente aplicada em fase de execução, desde que o seu cumprimento seja compatível com o da nova sanção penal.

b) a pena de prestação pecuniária só pode ser estabelecida em favor da vítima ou de seus descendentes.

c) o condenado a uma pena superior a quatro anos por crime culposo não poderá obter a substituição por restritiva de direitos.

d) a pena de prestação pecuniária não pode ser deduzida de eventual condenação civil, ainda que coincidentes os beneficiários.

Letra a.

A letra **a** está correta, uma vez que exara conteúdo literal da lei penal, conforme § 5º do art.44 do Código Penal:

> Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

QUESTÃO 33 (DELEGADO DE POLÍCIA – MS/2017) A pena é a consequência natural imposta pelo Estado, quando alguém pratica uma infração penal. (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**: Artigos 1º a 120 do Código Penal. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p 469).

O artigo 32 do Código Penal (CP) estabelece três espécies de penas, a saber: penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Conforme o artigo 59 do CP, as penas devem respeitara necessidade e a suficiência à reprovação e à prevenção do crime. Esse mesmo artigo 59

também estabelece os critérios de fixação dessas penas. A partir dessa concepção, assinale a alternativa correta.

a) As penas restritivas de direito são consideradas penas autônomas de caráter substitutivo, podendo ser aplicadas para crimes culposos independente da quantidade de pena privativa de liberdade fixada, se presentes os demais requisitos legais.

b) A pena de multa, aplicada e dosada ao livre arbítrio do julgador, não pode ser substitutiva da pena privativa de liberdade ou substituída por esta no caso de não cumprimento, por ser considerada dívida de valor, constituindo título da dívida pública.

c) A detração penal é instituto jurídico relacionado com a aplicação da pena, de observação obrigatória na sentença, consistindo na redução de um dia de prisão para cada dia trabalhado durante a prisão cautelar, seja ela preventiva ou temporária.

d) A pena privativa de liberdade aplicada a crime hediondo praticado com violência ou grave ameaça é suscetível de substituição por restritiva de direito, se fixada em menos de 04 anos de reclusão.

e) A pena privativa de liberdade - detenção - poderá ser iniciada em regime prisional mais severo, mesmo que inferior a 08 anos, se o julgador entender sua necessidade à reprovação e à prevenção do crime.

Letra a.

A assertiva **a** está correta porque expressa o texto do art. 44 *caput* do Código Penal, ou seja, a condenação por crime culposo poderá redundar em substituição de pena privativa por restritivas, independente do patamar e pena fixados.

Questão 34 (JUIZ - SP/2017) No que concerne às penas restritivas de direitos, é correto afirmar que

a) a prestação pecuniária consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública, ou privada com destinação social, de importância não inferior a 10 (dez) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

b) a interdição temporária de direitos, nos crimes ambientais, pode consistir em proibição de participar de licitações, pelo prazo de 5 (cinco) anos, no caso de crimes dolosos, e de 3 (três) anos, no de crimes culposos.
c) são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando, entre outros requisitos legais, o réu não for reincidente em crime doloso, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias autorizarem a concessão do benefício, e não for indicada ou cabível a suspensão condicional da pena.
d) a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável a qualquer condenação a privação de liberdade, facultado ao condenado cumprir a pena em menor tempo, nunca inferior à metade da sanção corporal imposta.

Letra b.

A letra **b** está correta porque exara o texto normativo da lei 9605/98, nos termos do art. 10:

> As penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos.

Questão 35 (JUIZ - RS/2017) A pena restritiva de direitos (CP, arts. 43 a 48)
a) na modalidade perda de bens e valores pertencentes ao condenado, dar-se-á em favor da vítima.
b) na modalidade prestação de serviços, pode ser substitutiva de qualquer pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos.
c) admite exclusivamente as modalidades de prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana e prestação de serviço à comunidade ou entidade pública.
d) converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.
e) só pode ser aplicada a condenados primários.

Letra d.

A letra **d** está correta porque exara o texto normativo da previsto no § 4º do art. 44 do Código Penal:

> A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

Questão 36 (DEFENSORIA PÚBLICA - RS/2011) A respeito dos entendimentos sumulados é INCORRETO afirmar:

a) Para o Superior Tribunal de Justiça, inquéritos policiais e ações penais em curso não podem agravar a pena-base.

b) Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o aumento da pena na terceira fase nas hipóteses de roubo majorado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente a mera alusão ao número de majorantes.

c) Segundo o Supremo Tribunal Federal, a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao delito permanente, se sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

d) De acordo com Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

e) De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, é possível aplicar ao delito de furto qualificado pelo concurso de agentes aumento idêntico ao previsto para o roubo majorado pelo concurso de agentes, visto que mais benéfico.

Letra e.

A letra **e** é a única incorreta, porque contraria a Súmula 442 do STJ: "É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo". As demais assertivas trazem entendimentos sumulados do STF (Súmula Vinculante 14, alínea D; Súmula 711, alínea C) e do STJ (Súmula 444, alínea A; Súmula 443, alínea B).

Questão 37 (CESPE/ANALISTA JURÍDICO TJ – AMAZONAS/2019) Julgue os próximos itens, relativos à pena, sua aplicação e a medidas de segurança.

É possível submeter o agente inimputável a tratamento ambulatorial se o ato criminoso por ele praticado for punível com pena de detenção.

Correto.

A assertiva está correta porque é possível medida de segurança na forma de tratamento ambulatorial quando o inimputável pratica fato punível com detenção. Nos casos de fatos punidos com reclusão praticados por inimputável que, porventura, recebeu a decisão de medida de segurança (sentença absolutória imprópria), a regra é a internação, conforme art. 97 do Código Penal:

> **Art. 97** - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Questão 38 (CESPE/ANALISTA JURÍDICO TJ – AMAZONAS/ 2019) Pedro, com vinte e dois anos de idade, e Paulo, com vinte anos de idade, foram denunciados pela prática de furto contra Ana. A defesa de Pedro alegou inimputabilidade. Paulo confessou o crime, tendo afirmado que escolhera a vítima porque, além de idosa, ela era sua tia.

Com relação a essa situação hipotética, julgue os itens subsecutivos, a respeito de imputabilidade penal, crimes contra o patrimônio, punibilidade e causas de extinção e aplicação de pena.

Na dosimetria da pena, Pedro e Paulo farão jus a circunstância atenuante.

Errado.

Paulo confessou o fato, de modo que a atenuante da confissão espontânea não pode ser estendida ao coautor, por se tratar de circunstância pessoal, não elementar, que não se comunica, na forma do art. 30 do Código Penal. O coautor, para ter o benefício, também deverá confessar o fato.

Questão 39 (JUIZ - DF/2007) Qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal relativamente ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos)?

a) Implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal.

b) A posse de drogas para consumo pessoal continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, contudo, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.

c) Pertence ao Direito Penal, mas não constitui "crime", mas uma infração penal *sui generis*; houve descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, mas não *abolitio criminis*.

d) Não pertence ao Direito Penal, constituindo-se numa infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados), tendo ocorrido descriminalização substancial (ou seja: *abolitio criminis*).

Letra b.

A letra **b** está correta. Um tema muito importante foi cobrado na questão, ou seja, apesar de não existir previsão de pena privativa no art. 28 da Lei 11.343/06, ele constitui um tipo penal, não perdeu a natureza de crime. É possível, portanto, crime sem pena privativa. Isso ficou claro na decisão do STF exarada no Informativo 456, ao afirmar que o novo dispositivo, que substituiu o art. 16 da Lei 6.368, trouxe despenalização e não descriminalização.

Questão 40 (INÉDITA/2020)No que diz respeito às penas do modelo penal brasileiro, é correto afirmar:

a) não existe pena de multa;

b) não é possível combinar a pena privativa com a pena de multa;

c) o Código Penal brasileiro adotou o critério trifásico na dosimetria da pena;

d) a função da pena, segundo o Código Penal, é somente retributiva;

e) a função da pena, segundo o Código Penal, é somente preventiva;

Letra c.

A letra **c** está correta, conforme visto acima, ao tratar do art. 59 do Código Penal, foi afirmado que o referido código adotou o sistema trifásico de dosimetria de pena, o qual deve ser seguido pelo magistrado, sob pena de nulidade da dosimetria da pena.

Questão 41 (INÉDITA/2020) Com relação às penas, é correto afirmar:

a) O STF admite a substituição de pena privativa por restritivas no tráfico de drogas;

b) Na dosimetria da pena-base, o legislador estabeleceu o modelo bifásico no art. 59 do Código Penal;

c) No Brasil, não há previsão da pena de multa;

d) O Código Penal brasileiro, reformado em 1984, alterado pela lei 9.714/98, proíbe a substituição de pena privativa por uma pena de multa e uma pena restritiva.

Letra a.

A letra **a** está correta. O STF, no informativo 598, reconheceu a inconstitucionalidade da vedação de pena restritiva no tráfico de drogas prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006. Na oportunidade, o STF fez uso do princípio da individualização a pena para afirmar que o Legislador não poderia proibir o uso de pena restritiva, mas apenas criar critérios mais rígidos para a sua aplicação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Aplicação da Pena**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos.** Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BEIRAS, Iñaki Rivera. **Pena criminal: seus caminhos e suas possíveis formas**. Trad. Denise Hammerscgmidt. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p.25-28.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal** - Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.92 a 93.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.> Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.**

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.**

BRASIL, **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. [*S. l.*], 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.> Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.> Acesso em: 21 mar. 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e Brasil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p.13.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo I. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.313.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Trad. Raquel Ramalhete. 15ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 7ª Ed. Niterói: Impetus, 2006, p.82.

JAKOBS, Günhter. ***Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría da imputación***. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal - Parte Geral-** Esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p.50.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.61.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007, p.67.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **A pena e suas teorias. Fascículos de Ciências Penais.** Trad. Cândida Silveira Salbet e Odone Sanguiné. Ano 5, v.5, n.3, jul/ago/set – 1992. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, p.92-106.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: ***Parte General: fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito.*** *Trad. de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal*. Madrid: Civitas, 1997.

______. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

______. ***Política Criminal y sistema del derecho penal****. Traducción y introducción de Francisco Muñoz Conde*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

______. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

______. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

______. **Sobre a fundamentação Político-Criminal do Sistema Jurídico-Penal**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 35, 13-27, jul./set. 2001.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**. Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro.** 1º v. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Dermeval Farias

Professor Dermeval Farias Gomes Filho. Promotor de Justiça do Júri/Criminal no Distrito Federal (MPDFT). Doutorando em Direito Penal pela PUC-SP. Mestre em Direito Penal pelo UNICEUB. Pós-graduado em processo civil pela Universidade Federal de Santa Catarina. Ex Conselheiro Nacional do Ministério Público (biênio 2017/2019). Professor de Direito Penal em diversos cursos de preparação para concursos da Magistratura e do Ministério Público e pós-graduações desde o ano de 2006. Palestrante em Simpósios e Congressos. Leciona em cursos de capacitação de direito penal do STF, STJ, TJDFT e MPDFT. Integra o grupo de pesquisa em política criminal do UNICEUB/UNB. Autor de artigos e livros, com destaque para: Dogmática Penal: Fundamento e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo tribunal Federal.